



UNIVERSIDADE D
COIMBRA

Daniela Madeira Balsinhas de Ávila Gomes

O CRIME DE VIOLAÇÃO

À luz da Lei n.º 101/2019, de 6 de setembro

VOLUME 1

**Dissertação no âmbito do 2.º Ciclo de Estudos em Ciências Jurídico-Forenses
(conducente ao grau de Mestre) orientada pela Professora Doutora Sónia Mariza
Florêncio Fidalgo e apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.**

Janeiro de 2020



FACULDADE DE DIREITO
UNIVERSIDADE D
COIMBRA



DANIELA MADEIRA BALSINHAS DE ÁVILA GOMES

O CRIME DE VIOLAÇÃO

(À LUZ DA LEI N.º 101/2019, DE 6 DE SETEMBRO)

THE CRIME OF RAPE

**(ACCORDING TO THE LAW No. 101/2019, 6th OF
SEPTEMBER)**

Dissertação apresentada à Faculdade de Direito da
Universidade de Coimbra, no âmbito do 2.º Ciclo de
Estudos em Ciências Jurídico-Forenses
(conducente ao grau de Mestre),
sob orientação da Senhora Professora Doutora
SÓNIA MARIZA FLORÊNCIO FIDALGO

Coimbra,
Janeiro, 2020

Agradecimentos:

À minha **família de sangue**. Em especial, ao meu **pai**, por me ter proporcionado esta verdadeira oportunidade que é estudar e ter feito todos os esforços para poder financiar os meus estudos e tudo aquilo que estudar a 1600km de casa implica, mas sobretudo por nunca ter deixado de acreditar em mim e nas minhas capacidades. Obrigada por ter encontrado sempre algo positivo para me dizer e fazer acreditar. A si, o mais profundo dos agradecimentos.

À minha **família de coração**. Eles sabem bem quem são. Por todas as chamadas telefónicas durante horas a fio a falar sobre Direito – paixão comum – e por todos os esforços feitos para que este meu caminho fosse o mais brilhante possível. Por todas as velinhas acesas ao Espírito Santo, por todas as SMS antes de uma prova, por todas as palavras de alento nos momentos mais cruciais e desafiantes. Por sempre terem acreditado em mim, mesmo quando eu não fui capaz de o fazer.

Aos meus **avós paternos**. Que, findos estes seis anos de estudos, ainda me perguntam se é desta “que já sou advogada” e que ainda não perceberam o que é isto de uma dissertação, mas que claramente não conseguem esconder o tremendo orgulho que sentem por esta neta que “*coitadinha, estuda tanto*”.

Ao **Nuno**. A quem não tenho palavras para agradecer tudo aquilo que fez por mim desde o início de toda esta jornada. Um obrigado não chega para agradecer todo o apoio incondicional, todas as lágrimas limpas, todos os abraços apertados e todos os “não vais desistir!” que me foram proferidos. Sem ti tenho a certeza que não teria sido capaz de chegar até onde cheguei. Por isso, esta tese, em parte, é tua. E este meu percurso académico será sempre, em parte, teu. Para sempre no meu coração.

Às minhas **amizades**. Às de Coimbra e às de sempre. Por me ensinarem que a vida não é só estudo e livros, que há sempre tempo para um café, um copo e risos, e que estar longe de casa nem sempre significa estar sozinho.

À minha orientadora, a **Doutora Sónia Fidalgo**, por ter aceitado conduzir-me nesta pequena aventura, por toda a sua simpatia e sorriso característico e por todo o tempo dispensado. Um muito obrigado.

A **Coimbra** e à **Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra**, por ser mãe e madrastra, e por sempre significar casa, onde quer que eu vá.

“Uma vez Coimbra, para sempre saudade”.

RESUMO

Com a ratificação da Convenção de Istambul por Portugal em 2013, a questão do consentimento passou a estar mais presente do que nunca nos crimes sexuais.

Em 2015, com a Lei n.º 83/2015, procedeu-se à primeira alteração legislativa ao Código Penal com vista a adaptar os crimes sexuais ao preceituado na Convenção. Visava-se então enquadrar nos tipos legais, especialmente no crime de Coação Sexual e de Violação, as situações em que a vítima, apesar de não consentir a prática dos atos sexuais, não era constrangida por meio de violência ou o agressor não recorria à ameaça grave ou à colocação da vítima na impossibilidade de resistir. Procurava-se, assim, colocar o dissentimento como ponto central destes crimes.

Em 2019, o legislador português alterou, novamente, os mesmos preceitos com base no mesmo objetivo. Terão sido tais alterações verdadeiramente benéficas? E será que eram necessárias?

Palavras-Chave: violação; crimes sexuais; consentimento; convenção de Istambul

ABSTRACT

With the endorsement of the Istanbul Convention by Portugal in 2013, the issue of consent became more present in sex crimes than ever.

In 2015, with the Law No. 83/2015, the first legislative amendment was made to the Criminal Code in order to adapt sex crimes to the Convention. It was then intended to fit the legal types, especially in the crime of Sexual Coercion and Rape, situations in which the victim, although not consenting to the practice of sexual acts, was not constrained by violence, or the aggressor did not resort to the serious threat or placing the victim in the impossibility of resisting. The aim was to place dissent at the centre of these crimes.

In 2019, the Portuguese legislator once again changed the same precepts based on the same objective. Were such changes truly beneficial? And were they necessary?

Keywords: rape; sexual crimes; consent; Istanbul convention

*“Justice will not be
served until those
who are unaffected
are as outraged as
those who are.”*

BENJAMIN FRANKLIN

ABREVIATURAS

Ac. - Acórdão

al. - alínea

APAV - Associação Portuguesa de Apoio à Vítima

APMJ - Associação Portuguesa de Mulheres Juristas

AR - Assembleia da República

Art. - Artigo

ASJP - Associação Sindical dos Juizes Portugueses

C.P. - Código Penal

C.R.P. - Constituição da República Portuguesa

CACDLG - Comissão de Assuntos Constitucionais, Direitos, Liberdades e Garantias

CEDAW - Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women

Cf. - Confrontar

CIG - Comissão para a Cidadania e Igualdade de Género

Convenção - Convenção de Istambul

ed. - edição

FRA - Fundamental Rights Agency (Agência dos Direitos Fundamentais da União Europeia)

GREVIO - Group of Experts on Action against Violence against Women and Domestic Violence

I.e. - isto é

ME - Ministério da Educação

MJ - Ministério da Justiça

MNE - Ministério dos Negócios Estrangeiros

MTSSS - Ministério do Trabalho, Solidariedade e Segurança Social

n.º / n.os - número / números

ONU - Organização das Nações Unidas

Op. cit. - *Opus citatum* (obra citada)

p. - Página

p. ex. - Por exemplo

PpDM - Plataforma Portuguesa para os Direitos das Mulheres

Reimp. - Reimpressão

Séc. - Século

ss. - seguintes

STJ - Supremo Tribunal de Justiça

TEDH - Tribunal Europeu dos Direitos Humanos

TRL - Tribunal da Relação de Lisboa

TRP - Tribunal da Relação do Porto

v.g. - *verbi gratia* (como tal/por exemplo)

Vd. - *Vide*

Vol. - Volume

ÍNDICE

CONSIDERAÇÕES PRÉVIAS	8
CAPÍTULO I – EVOLUÇÃO HISTÓRICA	10
1. EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO CRIME DE VIOLAÇÃO À LUZ DO BEM JURÍDICO	10
CAPÍTULO II – CONTORNOS DO CRIME DE VIOLAÇÃO	13
1. O CRIME DE VIOLAÇÃO E O CRIME DE COAÇÃO SEXUAL: APROXIMAÇÕES E DIFERENÇAS	13
2. OBRIGAÇÕES DECORRENTES DA CONVENÇÃO DE ISTAMBUL RELATIVAS AOS CRIMES SEXUAIS.....	15
3. A ATUAL REDAÇÃO DO ART. 164.º E CONFRONTO COM A SUA ANTERIOR REDAÇÃO	17
CAPÍTULO III – A QUESTÃO DO CONSENTIMENTO	20
1. O MEIO DE CONSTRANGIMENTO “VIOLÊNCIA” E A RESISTÊNCIA DA VÍTIMA	20
2. O CONCEITO DE “CONSTRANGIMENTO”	28
3. CONSTRANGIMENTO, DISSENTIMENTO E AUSÊNCIA DE CONSENTIMENTO	31
CAPÍTULO IV – CONTINUIDADES E RUTURAS APÓS A 48.ª ALTERAÇÃO AO CÓDIGO PENAL PELA LEI N.º 101/2019, DE 6 DE SETEMBRO	38
1. A MANUTENÇÃO DO TERMO “CONSTRANGER”	38
2. O NOVO N.º 3 DO ART. 164.º E A “VONTADE COGNOSCÍVEL”	42
3. A ALTERAÇÃO DO CONTEÚDO E DAS MODALIDADES DA AÇÃO	48
3.1 <i>A atual al. a), do n.º 1, do art. 164.º C.P.</i>	48
3.2 <i>A atual al. b), do n.º 1, do art. 164.º C.P.</i>	51
3.3 <i>Análise comparativa entre o atual n.º 1 e n.º 2 do art. 164.º C.P.</i>	52
CONSIDERAÇÕES FINAIS	57
JURISPRUDÊNCIA	66
LEGISLAÇÃO	68

CONSIDERAÇÕES PRÉVIAS

O presente estudo, acerca dos Crimes Sexuais – *maxime*, o crime de Violação – é operado numa época em que o centro de gravidade das matérias ligadas à sexualidade já não é mais a moral, a ética social, ou os bons costumes. Hoje, felizmente, o epicentro dos crimes sexuais é, pois, o bem jurídico individual *liberdade sexual*, “enquanto livre disposição do sexo e do próprio corpo para propósitos sexuais, *mas também* enquanto direito a não sofrer contactos, ou mesmo alusões, de cariz sexual contra vontade.”¹

Hoje temos, portanto, o privilégio de depararmo-nos com uma codificação centrada na liberdade sexual – a qual constitui uma das vertentes do bem jurídico geral “liberdade pessoal”² – sendo atualmente consentâneo que a vida sexual de cada um pertence ao domínio privado. Por esse motivo, não é mais atribuída ao legislador legitimidade para “castigar pela sua imoralidade condutas não lesivas de bens jurídicos”³, ficando somente a cargo do Direito Penal, devido ao seu carácter fragmentário e de última *ratio*, criminalizar as condutas sexuais que mais gravemente atentem contra os bens jurídicos protegidos.⁴

Assim, por ser certo que nem sempre o Direito Penal esteve afastado de quaisquer ascendências moralistas, cumpre iniciar este estudo com uma breve análise da evolução histórica do crime de Violação, atendendo ao bem jurídico que, com cada uma das alterações legislativas, se visou proteger.

Porém, o restante desta dissertação centrar-se-á nas duas mais recentes alterações legislativas operadas sobre os crimes sexuais, tendo estado subjacente a ambas o objetivo de adequar a legislação penal portuguesa ao preceituado na Convenção de Istambul.

Após a ratificação da Convenção por Portugal, a 21 de janeiro de 2013, a questão do consentimento da vítima (ou falta dele), ganhou na ordem jurídica portuguesa mais pujança do que nunca, tendo se tornado cada vez mais premente salvaguardar de forma mais incisiva a tutela das vítimas, em conformidade com aquilo que, aliás, já havia sido proferido

¹ RAMOS, Fernando João Ferreira, “Notas sobre os crimes sexuais no projeto de revisão do código penal de 1982”, in: Revista Portuguesa de Ciência Criminal, Ano 3, Fasc. 1, 1993, p. 54.

² Cf. RAPOSO, Vera Lúcia, “Da Moralidade à Liberdade: o bem jurídico tutelado na criminalidade sexual”, in: Separata de Liber Discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias, Coimbra Editora, 2003, p. 933.

³ CLAUS, Roxin, “Problemas Fundamentais de Direito Penal”, 3.^a ed., Vega, Lisboa, 1998, p. 29.

⁴ No mesmo sentido, cf. NATSCHERADETZ, Karl Prelhaz, “O direito Penal Sexual: Conteúdo e Limites”, Coimbra: Livraria Almedina, 1985, p. 141.

por alguma jurisprudência europeia, mormente o caso *M.C. versus Bulgária*, julgado pelo TEDH.

Assim, primeiramente procuraremos debruçar-nos sobre as grandes questões, e consequentes posições Doutrinárias e Jurisprudenciais, que antes da Lei n.º 83/2015, de 5 de agosto, se faziam ecoar – sobretudo a questão em torno do conceito “violência” presente no n.º 1 do art. 164.º, enquanto meio típico de coação – e apurar da eficiência da primeira reforma operada em busca de adequar os crimes sexuais à Convenção. (Terá sido esta reforma suficiente?)

Por fim – tal como decorre do título deste estudo – analisaremos com maior rigor a mais recente alteração legislativa imposta pela Lei n.º 101/2019, de 6 de setembro.

Com efeito, iremos iniciar a nossa análise pelas críticas apontadas à legislação penal portuguesa que estiveram na base desta iniciativa legislativa. Seguidamente, uma vez que a mais recente reforma demonstrou ter por objetivo definir o termo “constranger”, será nosso intuito compreender o que tanto a Doutrina como a Jurisprudência entendem sobre tal conceito. Logo depois, iremos tecer algumas considerações acerca do novo n.º 3 do art. 163.º e 164.º, onde passou a constar a “vontade cognoscível da vítima”. (Terá sido esta alteração benéfica? E será que era necessária?). Por fim, analisaremos detalhadamente a redação do atual art. 164.º, onde se verificaram algumas alterações tanto no conteúdo como nas modalidades de ação previstas e punidas no preceito.

Destarte, esta dissertação procurará ser um pequeno esboço do crime de Violação tal qual ele se apresenta hoje, sendo certo que será acompanhado de diversas críticas às alterações impostas pela Lei n.º 101/2019, de 6 de setembro, e aos resultados práticos que julgamos⁵ serem passíveis de advir da mais recente alteração legislativa.

⁵ De ressaltar que, sendo esta uma reforma tão recente, ainda não há jurisprudência conforme a atual redação dos preceitos em análise.

CAPÍTULO I – EVOLUÇÃO HISTÓRICA

1. Evolução Histórica do Crime de Violação à luz do bem jurídico

Os crimes sexuais – de entre os quais, o crime de “Violação” é exemplo por antonomásia – sofreram ao longo do tempo diversas alterações legislativas. São, pois, estas alterações que visamos agora brevemente relatar, procurando demonstrar o longo caminho percorrido até que se tenha alcançado a solução legislativa atualmente plasmada no C.P., prestando, ainda, especial atenção ao bem jurídico que, com cada alteração, se procurou proteger.

Ora, o crime de “Violação”, surgiu primeiramente nas Ordenações Afonsinas, inscrito no Livro V, Título VI “*Da Mulher forçada, e como fe deve a provar a força*”⁶. À altura, apenas podiam ser vítimas deste crime mulheres, cabendo a estas, para que a denúncia fosse válida, a prática de atos humilhantes e vexatórios, tal como a necessidade de apregoarem pelas ruas “*vedes que me fazem*” e de “*em grandes vozes*” identificar pelo nome o seu agressor.

Com a publicação do primeiro C.P., o Código de 1852⁷, os crimes sexuais passaram a surgir inseridos no Título IV “Dos crimes contra as pessoas”, Capítulo IV “Dos crimes contra a honestidade”, sendo, pois, o bem jurídico protegido a honestidade – das mulheres, que eram, à altura, catalogadas como sendo puras ou impuras⁸.

No C.P. de 1886⁹, foram poucas as inovações verificadas. No que diz respeito à inserção sistemática, o crime de Violação encontrava-se inserido no Título III “Dos crimes contra as pessoas”, mais concretamente no Capítulo IV “Dos crimes contra a honestidade”, pelo que o bem jurídico que se almejava proteger manteve-se inalterado.

Foi com o C.P. de 1982, que o corpo do artigo do crime de Violação começou a ganhar contornos similares à redação atualmente prevista, encontrando-se, ainda assim, inserido no Título III “Dos crimes contra os valores e interesses da vida em sociedade”, em especial, no Capítulo I “Dos crimes contra os fundamentos ético-sociais da vida social”,

⁶ Livro V, Título VI das Ordenações Afonsinas disponível online em <http://www1.ci.uc.pt/ihti/proj/afonsinas/15pg29.htm>.

⁷ Código Penal de 1852, disponível online em <https://www.fd.unl.pt/Anexos/Investigacao/1829.pdf> (consultado a 23 de outubro de 2019).

⁸ RAPOSO, Vera Lúcia, *op. cit.* (nota 2), p. 934.

⁹ Código Penal de 1886, disponível online em <https://www.fd.unl.pt/Anexos/Investigacao/1274.pdf> (consultado a 23 de outubro de 2019).

onde se encontrava a Secção “Dos crimes sexuais” – embora no *Projeto da Parte Especial* do Prof. EDUARDO CORREIA de 1966, tal Secção fosse intitulada “Crimes contra os costumes”¹⁰.

Desta forma, não foi ainda com o C.P. de 1982 que se tornou possível afastar definitivamente o Direito Penal de “toda e qualquer ascendência moralista”¹¹, permanecendo visível essa tutela da moralidade na generalidade dos tipos legais, principalmente no crime “Atentado ao Pudor”¹², que representava a verdadeira «pedra de toque» da punição dos crimes sexuais, dizendo respeito aos atos que violassem, em grau elevado, os *sentimentos gerais de moralidade sexual*¹³.

Foi, assim, apenas com o Reforma do C.P. em 1995 – seguindo a influência de países como a Espanha, a França e a Alemanha – que os crimes sexuais romperam definitivamente com as conotações moralistas, passando tais crimes a integrar o Título I “Dos crimes contra as pessoas”, mais concretamente, o Capítulo V “Dos crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual”, que se encontrava dividido em três Secções. A primeira, relativa aos *Crimes contra a liberdade sexual*; a segunda, referente aos *Crimes contra a autodeterminação sexual*, e, por fim, a terceira, composta por disposições comuns a ambas as secções anteriores.

Com esta Reforma, passou-se, portanto, a entender que o bem jurídico protegido por este tipo de incriminações não se podia basear em convicções ideológicas, sendo de rejeitar a tutela de bens jurídicos supra individuais, para se passar a conceber os crimes sexuais como crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual. FIGUEIREDO DIAS afirmou, inclusive, na Comissão de Revisão do Código Penal de 1989-1991, que: “Agora estamos perante a proteção da liberdade sexual das pessoas e já não de um interesse da comunidade”¹⁴. Por fim, ainda em 1995, alargou-se também o conceito legal de violação,

¹⁰ Inserção que, já à altura, era criticada por Teresa Beleza in: BELEZA, Teresa, “*Mulheres, Direito, Crime ou a Perplexidade de Cassandra*”, ed. AAFDL., Lisboa, 1990, p. 222, onde a Autora, em tom irónico, afirmava que o crime de violação era “um crime contra essa estranha entidade a que o Código chama «fundamentos ético-sociais» e o projeto chamava «costumes», provavelmente querendo dizer «bons»”.

¹¹ RAPOSO, Vera Lúcia, *op. cit.* (nota 2), p. 937.

¹² Art. 205.º – Atentado ao Pudor, Código Penal de 1982, disponível em http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra Estrutura.php?tabela=lei_velhas&artigo_id=101A0023&nid=101&nversao=1&tabela=lei_velhas&so_miolo=.

¹³ DIAS, Jorge de Figueiredo e CAEIRO, Pedro, “*Crimes contra a liberdade e a autodeterminação sexual*”, in: Enciclopédia Polis da Sociedade e do Estado, Vol. 1, 2ª ed. revista e atualizada, Lisboa: Editora Verbo, 1997, p. 1395.

¹⁴ DIAS, Jorge de Figueiredo, “*Código Penal: Actas e Projeto da Comissão de Revisão*”, Lisboa: Rei dos Livros, 1993, p. 246.

passando a ser punível igualmente a prática de coito anal (concebendo-se, assim, um desenho híbrido do crime de Violação, já afastado da sua conceção tradicional – limitada à cópula).

Pouco depois, com a Revisão de 1998, verificou-se um novo alargamento do conceito legal de violação, desta vez, ao coito oral, tendo sido eliminadas também quaisquer conotações de género, passando-se a proteger então, a liberdade e autodeterminação sexual de todas as pessoas, e já não apenas das mulheres. Além do mais, no n.º 2 do artigo 164.º, foi introduzido o crime de “Assédio/Violação”¹⁵, onde se passou a prever a possibilidade de o agente abusar de autoridade resultante de uma relação de dependência hierárquica, económica ou de trabalho, para constranger a vítima, por meio de ordem ou de ameaça não compreendida no n.º 1.º, a sofrer ou a praticar atos típicos.

Mais tarde, com a Reforma de 2007, alargou-se, ainda mais, o conceito legal de violação, passando este a integrar também a “introdução vaginal ou anal de partes do corpo ou objetos”, consagrando-se o “modelo do C.P. Francês de 1994, que inclui no conceito legal de violação toda a penetração sexual, de qualquer natureza que seja”¹⁶. Quanto ao “Assédio/Violação” previsto no n.º 2, este sofreu um aditamento, nomeadamente, a possibilidade de o agente abusar também “de autoridade resultante de uma relação familiar, de tutela ou curatela” ou aproveitar-se “de temor que causou” à vítima.

Em 2015, deu-se nova Reforma do C.P., desta vez, com o intuito de se adequar os crimes sexuais ao disposto na Convenção de Istambul, pelo que do n.º 2 do artigo 164.º, passou somente a constar que o constrangimento podia ser operado “por [qualquer] meio não compreendido no número anterior”, passando, portanto, o crime de Violação a poder ser cometido por qualquer forma de constrangimento. Quanto às situações anteriormente previstas no n.º 2 do artigo, estas passaram a integrar a al. b), do n.º 1, do art. 177.º, enquanto situações agravantes.

Por fim, em 2019, com a Lei n.º 101/2019, de 6 de setembro, deu-se a mais recente alteração ao C.P., mais uma vez, com o propósito de se adequar os crimes sexuais ao disposto na Convenção de Istambul. Tais modificações serão, todavia, alvo de análise detalhada pelo que, para já, não serão aprofundadas.

¹⁵ Tendo sido este incremento muito criticado por Figueiredo Dias, *in*: DIAS, Jorge de Figueiredo, “Comentário ao Artigo 163.º do Código Penal” e “Comentário ao Artigo 164.º do Código Penal”, *in* *Comentário Conimbricense do Código Penal*, vol. I, 2ª ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2012, p. 734 e 735, e 754 e 755.

¹⁶ ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de, “Nota Prévia ao artigo 163.º” *in* “*Comentário do Código Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*”, 3ª Edição atualizada, Lisboa: Universidade Católica Editora, 2015, p. 641.

CAPÍTULO II – CONTORNOS DO CRIME DE VIOLAÇÃO

1. O crime de Violação e o crime de Coação Sexual: aproximações e diferenças

Antes de partirmos para uma análise mais detalhada do quadro atual do crime de Violação, e subsequente estudo das mais recentes alterações legislativas operadas no preceito, cumpre agora, antes de mais, fazer um esboço daquilo em que consiste o crime de Violação e atender aos fatores que aproximam e diferenciam este crime e o crime de Coação Sexual.

Iniciando a nossa abordagem pelos aspetos comuns a estes dois tipos legais, importa desde já referir que, quer o crime de Coação Sexual, quer o crime de Violação, encontram-se inseridos no mesmo capítulo “Dos crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual”, mais concretamente, inseridos na Secção I “Crimes contra a liberdade sexual”, constituindo estes dois crimes o “núcleo da proteção da liberdade sexual”¹⁷.

Ambos estes ilícitos têm também em comum o facto de não fazerem aceção de género, pelo que podem ser praticados por ou contra qualquer pessoa, embora as estatísticas apresentem que a grande maioria das vítimas são do sexo feminino e os agressores do sexo masculino, sendo também o mais habitual que entre eles haja um qualquer tipo de relação, seja familiar, de conhecimento ou de assistência ou formação.¹⁸

O que distingue então estes dois crimes são os atos sexuais que, em cada um deles, se têm por típicos. Isto é, enquanto o crime de Coação Sexual, no art. 163.º do C.P., prevê a punição daquele que constranger outra pessoa a (sofrer¹⁹) ou a praticar *ato sexual de relevo*, já o crime de Violação, no art. 164.º do C.P., prevê a punição daquele que constranger outra

¹⁷ DIAS, Jorge de Figueiredo, “Comentário ao Artigo 163.º do Código Penal”, in *Comentário Conimbricense do Código Penal*, vol. I, 2ª ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2012, p. 716.

¹⁸ De acordo, respetivamente, com dados retirados do RASI 2018 e das Estatísticas APAV - Crimes Sexuais 2013-2018.

¹⁹ Segundo a redação pretérita do preceito, imposta em 2015. Atualmente, esta modalidade de ação apenas encontra previsão no n.º 2 do preceito – aspeto que será desenvolvido em pormenor mais adiante.

pessoa a sofrer ou a praticar²⁰ cópula, coito anal ou coito oral ou a sofrer ou a praticar²¹ introdução vaginal, anal (ou oral²²) de partes do corpo ou objetos.

Quanto aos meios de constrangimento empregues com vista à prática de tais atos, estes são previstos e punidos de igual forma em ambos os tipos legais. Ou seja, entende-se que o que distingue verdadeiramente o crime de Coação Sexual e o crime de Violação é que este segundo implica sempre algum ato de penetração ou introdução no corpo da vítima²³, e o primeiro, *a contrario*, já não. Por esse motivo, FIGUEIREDO DIAS entende o crime de Violação como sendo meramente uma *especialização* do crime de Coação Sexual, identificando, portanto, este segundo, como o *tipo fundamental* (a *lex generalis*). Ressalvando, porém, que em ambas as previsões se punem atos sexuais de relevo, estando alguns deles particularizados tipicamente pela lei no art. 164.º, devido à sua natureza especial e à sua gravidade.²⁴

Como tal – e sem procurar aprofundar este aspeto, merecedor de um olhar mais exaustivo – concebemos como *ato sexual de relevo*, todos os atos que assumam uma natureza, um conteúdo ou um significado diretamente relacionados com a esfera da sexualidade, e que, além disso, sejam pela sua significância ou gravidade, atentatórios do bem jurídico²⁵. Falamos, pois, por exemplo, de atos como a manipulação (v. g. masturbação) da vítima ou a prática de cópula vulvar com ou sem *emissio seminis*. Pelo que, claramente, há uma linha muito ténue entre os atos sexuais capazes de preencher ora o crime de Coação Sexual, ora o Crime de Violação.

Assim, por entender a existência de uma linha tão ténue entre estes ilícitos, concebendo a Violação como uma *coação sexual especial*²⁶, FIGUEIREDO DIAS, defendeu, inclusive, um tratamento unitário de ambos os crimes, apelando à “eliminação da autonomia

²⁰ Apenas a “praticar” segundo o atual n.º 1 do artigo, ou já a “sofrer ou praticar” de acordo com o n.º 2 do mesmo preceito – aspeto que será alvo de maior estudo, mais adiante.

²¹ Apenas a praticar de acordo com o n.º 1, ou somente a “sofrer” segundo o n.º 2 do preceito – aspeto que será alvo de análise.

²² Modalidade somente prevista na atual al. b), do n.º 1 do art. 164.º CP.

²³ Neste sentido, cf. GARCIA, M. Miguez / RIO, J. M. Castela, “Código Penal: Parte Geral e Especial – com notas e comentários”, 3.ª ed. atualizada, Coimbra: Almedina, 2018, p. 783; GARCIA, M. Miguez, “O Direito Penal Passo a Passo – Elementos da Parte Especial com os Crimes contra as pessoas e os Crimes contra a identidade culturais e a integridade pessoal”, vol. 1., 2.ª ed., Almedina, 2015, p. 303.

²⁴ Cf. DIAS, Jorge de Figueiredo, *op. cit.* (nota 17), p. 716.

²⁵ *Idem*, p. 718 a 720.

²⁶ *Idem*, p. 717.

e da especificidade típicas do crime de violação”²⁷. Desta forma, ficaria tudo deixado para o crime de Coação Sexual onde se integraria a Violação²⁸ – enquanto ato sexual de relevo, que não deixa de o ser –, como que se alcançando um tipo legal idêntico ao presente atualmente no C.P. Alemão²⁹. Tal passo, todavia, nunca foi dado na ordem jurídica portuguesa.

2. Obrigações decorrentes da Convenção de Istambul relativas aos Crimes Sexuais

De forma a, mais adiante, ser possível apurar se as mais recentes alterações legislativas, operadas com vista a adequar os crimes sexuais ao disposto na Convenção do Conselho da Europa para a Prevenção e o Combate à Violência Contra as Mulheres e a Violência Doméstica³⁰ – comumente conhecida por Convenção de Istambul – foram realmente eficazes no cumprimento desse objetivo, torna-se agora necessário atender às obrigações que decorrem da mesma.

Ora, decorre desde logo do art. 1.º da Convenção³¹ que a elaboração desta tem como um dos principais objetivos “proteger as mulheres contra todas as formas de violência, bem como prevenir, instaurar o procedimento penal relativamente à violência contra as mulheres e à violência doméstica e eliminar estes dois tipos de violência”. O combate à violência de género tem sido, aliás, uma batalha muito difundida nas últimas décadas, *máxime* por organizações quer nacionais, como a APAV³², quer internacionais, como, p. ex., a FRA³³ ou

²⁷ No mesmo sentido, cf. DIAS, Maria do Carmo Silva, “A propósito do crime de violação: ainda faz sentido a sua autonomização?”, in *Revista do Ministério Público*, A. 21, nº 81, Jan.- Mar., Lisboa, 2000.

²⁸ Cf. DIAS, Jorge de Figueiredo, “Comentário ao Artigo 164.º do Código Penal”, in *Comentário Conimbricense do Código Penal*, vol. I, 2ª ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2012, p. 747 e 748.

²⁹ Mais concretamente no § 177 StGB.

³⁰ Adotada em Istambul, a 11 de Maio de 2011, aprovada pelo Governo Português a 16 de novembro de 2012, ratificada pela Assembleia da República a 21 de janeiro de 2013 (pela Resolução da AR n.º 4/2013 de 21 de janeiro) e tendo entrado em vigor em Portugal a 1 de agosto de 2014.

³¹ Disponível em http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=1878&tabela=leis (Resolução da AR) e em <https://rm.coe.int/168008482e> (versão em inglês).

³² Que elabora frequentemente Pareceres e Posições Públicas acerca do tema, tais como o “*Parecer da APAV sobre as implicações legislativas da Convenção de Istambul do Conselho da Europa para a Prevenção e o Combate à Violência contra as Mulheres e a Violência Doméstica*”, a “*Posição da APAV sobre o recente Acórdão do Tribunal da Relação do Porto relativo à prática do crime de abuso sexual de pessoa incapaz de resistência*” ou o “*Parecer da APAV referente aos Projetos de Lei n.º 976/XIII/3.ª, n.º 977/XIII/3.ª e n.º 978/XIII/3.ª do Bloco de Esquerda*”.

³³ Que, em 2014, elaborou um Relatório intitulado “*Violence against women: an EU-wide survey main results*”, disponível em https://fra.europa.eu/sites/default/files/fra_uploads/fra-2014-vaw-survey-main-results-apr14_en.pdf.

a Amnistia Internacional³⁴, tendo esta batalha ganho ainda mais visibilidade em Portugal após a ratificação da Convenção de Istambul.

Decorre também da Convenção, nomeadamente do seu art. 36.º, que cabe às Partes adotar as medidas legislativas ou outras que se revelem necessárias para assegurar que determinadas condutas sexuais, *intencionais* e *não consentidas*, são criminalizadas, englobando-se no conceito de Violação: a prática de penetração vaginal, anal ou oral, de natureza sexual, no corpo de outra pessoa, seja com recurso a qualquer parte do corpo, seja com qualquer objeto (n.º 1). No n.º 2 do preceito, é ainda ressalvado que o consentimento deve ser prestado *voluntariamente*, enquanto manifestação da vontade livre da pessoa, tendo em conta o contexto das circunstâncias envolventes. No n.º 3, por sua vez, enfatiza-se que o crime de Violação pode ser praticado contra cônjuges ou ex-cônjuges ou companheiros ou ex-companheiros pelo que, nestes casos, deve, ainda assim, tal conduta ser criminalizada.

Por seu turno, do Relatório Explicativo da Convenção³⁵ resulta, em concreto, do Parágrafo 189, que para se estar perante a prática do crime de Violação, é necessário que as práticas sexuais sejam levadas a cabo de forma intencional e sem o livre consentimento da vítima, ficando a cargo das Partes estabelecer o que entendem por essa “intencionalidade”.

Já do Parágrafo 191, decorre que as Partes deverão ter em conta, aquando da definição dos elementos constitutivos do crime de Violação, o emblemático caso M.C. *versus* Bulgária³⁶, decidido pelo TEDH, de onde foi possível retirar o entendimento de que “requerer, em todas as circunstâncias, a existência de prova de resistência física da vítima, pode dar azo a que certos casos de violação fiquem por punir e, assim sendo, que se comprometa a efetiva proteção da autonomia sexual das vítimas”³⁷. Do mesmo parágrafo decorre igualmente que “fica a cargo das Partes incriminar a prática de quaisquer atos sexuais não consensuais, incluindo nos casos em que não haja provas de resistência física por parte

³⁴ Que, em 2018, elaborou o Relatório “*Right to be free from rape: overview of legislation and state of play in europe and international human rights standards*”, disponível em <https://www.amnesty.org/download/Documents/EUR0194522018ENGLISH.PDF>.

³⁵ Disponível em https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=09000016800_d383a

³⁶ Caso de 4/12/2003, Queixa n.º 39272/98, in *Netherlands Institute of Humans Rights*, Uterecht School of Law, ECHR M.C. *v* Bulgaria Publication 2003-XII. Disponível em https://www.coe.int/t/dg2/equality/domesticviolencecampaign/resources/M.C.v.BULGARIA_en.asp

³⁷ Tradução livre. Leia-se na versão originária: “*any rigid approach to the prosecution of sexual offences, such as requiring proof of physical resistance in all circumstances, risks leaving certain types of rape unpunished and thus jeopardising the effective protection of the individual’s sexual autonomy.*”

da vítima”³⁸. Além do mais, é também previsto que “independentemente da redação específica escolhida pelo legislador, em vários países as previsões legais com vista a incriminar, em todas as circunstâncias, a prática de atos sexuais não consensuais, é alcançada com recurso à interpretação de termos tais como “coerção”, “violência”, “coação”, “ameaça”, “ardil”, “surpresa” entre outros, tendo em conta o contexto das situações específicas”³⁹.

Por sua vez, no Parágrafo 192, é estabelecido que durante a investigação criminal se deve analisar o contexto envolvente em que, cada um dos casos, é levado a cabo, de forma ser possível apurar se a prática de atos sexuais foi ou não livremente consentida em cada um deles, tendo sempre em consideração que as vítimas podem responder à violência sexual e à violação das mais variadas formas e não só através da resistência física. Também neste parágrafo, é feito o reparo de que nos crimes sexuais não se deve fazer uma aceção de género com base em estereótipos.

Para finalizar, nos Parágrafos 193 e 194 é ressalvado novamente que as Partes devem prever o crime de Violação com base na ausência de livre consentimento, que deve ser prestado de forma *voluntária e livre*, avaliado de acordo com as circunstâncias envolventes em que é prestado, sendo certo que a violência sexual pode ocorrer quer durante, quer após os términos das relações.

3. A atual redação do art. 164.º e confronto com a sua anterior redação

Fazendo-se uma breve comparação entre a atual redação do art. 164.º, operada pela Lei n.º 101/2019, de 6 de setembro, e a sua redação pretérita, imposta pela Lei n.º 83/2015, de 5 de agosto, podemos seguramente afirmar que se verificam algumas alterações significativas no preceito.

A primeira a salientar, é a reordenação do tipo legal. Isto é, com a redação de 2015 previa-se, no n.º 1 do art. 164.º, o crime de Violação enquanto crime de execução vinculada,

³⁸ Tradução livre. Leia-se na versão originária: “*requiring the penalisation and effective prosecution of any non-consensual sexual act, including in the absence of physical resistance by the victim*”.

³⁹ Tradução livre. Leia-se na versão originária: “*regardless of the specific wording chosen by the legislature, in a number of countries the prosecution of non-consensual sexual acts in all circumstances is sought in practice by means of interpretation of the relevant statutory terms (“coercion”, “violence”, “duress”, “threat”, “ruse”, “surprise” or others) and through a context-sensitive assessment of the evidence*”.

sendo os meios de constrangimento típicos a violência, a ameaça grave, ou a colocação da vítima na impossibilidade de resistir. Já no n.º 2 do mesmo preceito, por seu turno, encontrava-se previsto o crime de violação como crime de execução livre, prevendo-se, pois, a possibilidade de a vítima ser constrangida mediante qualquer outro meio de coação não previsto no n.º anterior.

Foi então com a Lei n.º 101/2019, de 6 de setembro, que se procedeu a uma inversão da ordem destes dois tipos legais.

Esta reordenação, em nosso entender, foi louvável, até porque partilhamos da opinião de TERESA BELEZA, segundo a qual a maneira como o preceito se encontrava redigido sugeria que a verdadeira violação era a conseguida por meio de violência ou ameaça, sendo que, se outra forma de conseguimento tivesse lugar, tratar-se-ia de um caso atenuado⁴⁰.

Quer dizer, recorrendo às palavras de PEDRO CAEIRO, entendemos “que o *tipo fundamental* de ambas as infrações consiste no constrangimento através de qualquer meio, sendo o emprego de violência ou ameaça grave uma qualificativa do ilícito (um tipo qualificado), que merece uma punição mais pesada.”⁴¹. Pelo que, assim sendo, segundo o Autor, quando o agressor recorra a meios de constrangimento mais pesados, capazes de diminuir ainda mais a capacidade de resistência da vítima e, por conseguinte, meios mais atentatórios do bem jurídico *liberdade sexual*, tal não poderá ser tido como “meras circunstâncias agravantes, atinentes à gravidade do facto total, mas [como] uma exasperação do ilícito-típico (e concomitantemente da culpa) do crime sexual”⁴².

Desta forma, acreditamos que com esta reordenação dos tipos legais se tornou possível demonstrar de forma clara esta interpretação, tornando-se também mais lógica a redação do preceito que agora se inicia com o *tipo fundamental* do ilícito e, só de seguida,

⁴⁰ BELEZA, Teresa Pizarro, “Consent as Simple as Tea: notas sobre a relevância do dissentimento nos crimes sexuais, em especial na violação”, in “*Combate à Violência do Género – Da Convenção de Istambul à nova legislação penal*”, Universidade Católica Editora, 2016, p. 24.

⁴¹ CAEIRO, Pedro, “*Observações sobre a projectada reforma do regime dos crimes sexuais e do crime de violência doméstica (em apreciação no Grupo de Trabalho - Alterações Legislativas - Crimes de Perseguição e Violência Doméstica da Comissão de Assuntos Constitucionais, Direitos, Liberdades e Garantias)*”, Junho de 2019, p. 12, disponível em <http://app.parlamento.pt/webutils/docs/doc.pdf?path=6148523063446f764c324679626d56304c334e706447567a4c31684a53556c4d5a5763765130394e4c7a464451554e45544563765231524254454e51566b51765247396a6457316c626e52766330466a64476c32615752685a4756446232317063334e686279396c4f5451794d5449784e43316d4d54526d4c5451304e6a51744f4449334f5330314e475a6c5a544a6c5a6d4d304e6a6b756347526d&fich=e9421214-f14f-4464-8279-54fee2efc469.pdf&Inline=true>.

⁴² *Ibidem*.

com o *tipo qualificado*, estando o preceito, por esse motivo, também em maior consonância com as restantes previsões legais presentes no C.P..⁴³

A segunda mudança a salientar – e, a nosso ver, não tão louvável – diz respeito à alteração do conteúdo e das modalidades de ação previstas e punidas no art. 164.º. Todavia, este aspeto será analisado mais detalhadamente *infra*.

Por fim, a terceira alteração que se verifica prende-se com o novo n.º 3 do artigo, onde o legislador procurou definir o que se entende pelo termo “constranger”. Para definir este conceito, passou a constar do artigo que o constrangimento pode ser operado por qualquer meio não previsto no n.º 2 que seja empregue com vista a coagir a vítima a praticar atos sexuais de especial relevo *contra vontade cognoscível* desta.

Ora, quanto àquilo que entendemos acerca deste novo n.º 3 onde consta a expressão “contra a vontade cognoscível” e quanto a saber se tal alteração veio, ou não, acrescentar algo inovador – e até mesmo necessário – iremo-nos debruçar posteriormente, pelo que, para já, não nos alongaremos mais neste tópico.

⁴³ Neste sentido, *ibidem*.

CAPÍTULO III – A QUESTÃO DO CONSENTIMENTO

Cumpra agora abordar a questão central deste estudo, que esteve quer na base da Convenção de Istambul (quer, naturalmente, do Relatório Explicativo desta), quer do Relatório do GREVIO, e que deu ainda origem a duas alterações ao C.P..

Falamos do consentimento⁴⁴ da vítima (ou falta dele), enquanto elemento norteador do crime de Violação.

Não obstante, apenas será alvo de análise o crime de Violação praticado contra adultos, apesar de, quer no crime de Coação Sexual (art. 163.º), quer no crime de Violação (art. 164.º) não se fazer aceção de idades, podendo estes crimes verificar-se mesmo que a vítima seja uma criança⁴⁵ – o que, aliás, consubstancia uma agravante do ilícito, tal como decorre do n.º 6 e 7.º do art. 177.º C.P, onde se faz referência, respetivamente, aos menores de 16 e de 14 anos. Assim, pelo facto da questão do consentimento no respeitante aos crimes sexuais contra crianças apresentar contornos próprios e díspares, não nos debruçaremos sobre tal problemática.⁴⁶

1. O meio de constrangimento “violência” e a resistência da vítima

Tal como já analisado *supra*, uma das grandes imposições decorrentes da Convenção é a de que as Partes prevejam os crimes sexuais – de entre os quais, o crime de Violação – enquanto crimes com base não na resistência física da vítima, mas no facto dos atos sexuais praticados serem “*não consensuais*”. O não consentimento deverá, pois, ser avaliado de acordo com as circunstâncias envolventes em que seja revelado.

Foi com tais obrigações em vista, que se procedeu então à alteração legislativa do C.P. em 2015, passando a prever-se no anterior n.º 2 do art. 164.º que quem, *por meio não*

⁴⁴ (*Rectius*, acordo, por se tratar de um bem jurídico ligado à liberdade): ANDRADE, Manuel da Costa, “*Consentimento e Acordo em Direito Penal*”, Coimbra Editora, 1991, p. 362 e ss. e p. 382 e ss.

⁴⁵ Neste mesmo sentido, cf. CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da, “Do dissentimento à falta de capacidade para consentir”, in Maria da Conceição Ferreira da Cunha (Coord.), *Combate à violência de género: da Convenção de Istambul à nova legislação penal*, Universidade Católica Editora – Porto, 2016, p. 141 e ss.

⁴⁶ Acerca dos crimes sexuais praticados com vítimas menores de idade, vd. ANTUNES, Maria João, “*Crimes contra a liberdade e a autodeterminação sexual dos menores*”, in Revista JULGAR, n.º 12 (especial), 2010; ALFAIATE, Ana Rita, “A Relevância Penal da Sexualidade dos Menores”, Coimbra: Coimbra Editora, 2009; DIAS, Maria do Carmo, “*Notas substantivas sobre os crimes sexuais com vítimas menores de idade*”, in Revista do CEJ, N.º 15, 1.º Semestre 2011, p. 209 e ss.

compreendido no número anterior, constrangesse outra pessoa a praticar atos sexuais de especial relevo, incorreria na prática do crime de Violação.

Em nosso entender, se antes da Alteração Legislativa de 2015 podíamos afirmar existir um problema na efetiva proteção do bem jurídico *liberdade sexual* – verificando-se uma “disparidade de decisões judiciais perante situações idênticas, ao sabor da subjetividade/sensibilidade do aplicador”⁴⁷ – após tal alteração, cremos que já não.

Isto é, aquando da redação de 2007⁴⁸, de forma a verificar-se a prática do crime de Violação, era exigível uma de duas conjunturas: ou que os atos sexuais fossem levados a cabo com recurso a um dos meios típicos de coação previstos no n.º 1; ou que o constrangimento, podendo ser operado por *qualquer outro meio de coação*, fosse, ainda assim, decorrente de uma relação especial⁴⁹ entre o agressor e a vítima (n.º 2).

Ora, por força de se preverem critérios tão estreitos para o preenchimento do tipo legal, tanto na Doutrina como na Jurisprudência começaram a surgir diferentes posições sobre aquilo que se entendia acerca do conceito de “violência” enquanto meio típico de constrangimento. Quer dizer, entendia-se que sendo possível alargar o conceito de “violência” de forma a este englobar não só a violência física, mas também a violência psíquica e moral, conseguir-se-ia abranger no n.º 1 do preceito certas situações que, até então, não eram passíveis de ter enquadramento legal nem pela aplicação do n.º 1, nem do n.º 2 do artigo.

A questão centrava-se, então, em dois pontos fundamentais: primeiro, saber se com o termo “violência” o legislador apenas se referia à violência física, ou se, pelo contrário, também se poderia englobar no conceito outras formas de violência; e segundo, saber se bastaria a comprovação de ausência de consentimento para estar preenchido o meio de constrangimento “violência”.

Por um lado, parte da Doutrina não só entendia que a prática de atos sexuais sem o consentimento, implicaria sempre algum tipo de violência (quer física, quer psíquica, quer moral), como que o legislador ao utilizar o termo “violência” não se referia exclusivamente à violência física. Grande defensora desta posição foi CLARA SOTTOMAYOR que afirmava

⁴⁷ CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da, *op. cit.* (nota 45), p. 138.

⁴⁸ Redação imposta pela Lei n.º 59/2007, de 4 de setembro.

⁴⁹ Mais concretamente, que o agente agisse abusando de uma relação familiar, de tutela ou curatela, ou de dependência hierárquica, económica ou de trabalho, ou ainda que o fizesse aproveitando-se de temor que causou na vítima.

que “A imposição de acto sexual a uma pessoa (sexo sem consentimento) não pode deixar de consistir num acto de violência física, pela intromissão que implica no corpo da vítima, de violência psíquica, pelo sofrimento que provoca, e moral, pela negação da sua autonomia como pessoa, estando assim preenchido o conceito de violência enquanto elemento do tipo.”⁵⁰. Posição idêntica, era também a defendida por MARIA DA CONCEIÇÃO CUNHA, que afirmava poder falar-se quer em violência psíquica decorrente da imposição de um relacionamento sexual não pretendido, quer em violência física pois a consumação da cópula, sem “colaboração”, implicaria sempre uma certa violência física⁵¹. Destarte, de acordo com estas Autoras, para se estar perante a prática do crime de Violação deveria bastar-se a comprovação da falta de consentimento⁵², preenchendo-se o meio “violência” sempre que o agressor impusesse à vítima a prática de atos sexuais não desejados por esta. SÉNIO ALVES, no mesmo sentido, entendia violência com um significado amplo: “A lei não distingue e, conseqüentemente, não vejo razões para distinguir, entre violência física e violência moral [...]. O art. 164.º, n.º 1, refere a violência sem lhe juntar o qualitativo física, de onde parece lógico concluir que tanto a violência física como a moral, se determinarem cópula, são elementos constitutivos do tipo. É que a violência moral [...] pode determinar a cópula e, a não ser que se reconduzissem factos deste tipo à noção de «ameaça grave» [...], eles ficariam impunes.”⁵³.

Na Jurisprudência, a ideia de que o conceito “violência” deveria ser interpretado de acordo com esta conceção ampla foi defendida, *ad exemplum*, no Ac. do Tribunal da Relação do Porto, de 15 de junho de 2011⁵⁴. Mas, ainda assim, exemplar neste sentido, cremos ter

⁵⁰ SOTTOMAYOR, Clara, “O conceito legal de violação: um contributo para a doutrina penalista – A propósito do acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 13 de Abril de 2011”, in Revista do Ministério Público, n.º 128, out-dez., de 2011, p. 298 e 299.

⁵¹ CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da, *op. cit.* (nota 45), p. 137, nota de rodapé n.º 21.

⁵² Neste mesmo sentido, cf. ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de, *op. cit.* (nota 16), p. 649.

⁵³ ALVES, Sénio dos Reis, “Crimes Sexuais: Notas e Comentários aos Artigos 163.º a 179.º do Código Penal”, Coimbra, Almedina, 1995, p. 31 e 32.

⁵⁴ Ac. do TRP, de 15 de junho de 2011, proc. n.º 887/09.1SLPRT.P1, Relatora Maria do Carmo Silva Dias, disponível em

<http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/56a6e7121657f91e80257cda00381fdf/09510a179531613a802578c400303290?O=penDocument>, onde pode ler-se: “o conceito de violência deve ser integrado não só de forma a incluir o uso da agressão física mas também o uso da agressão psíquica, abrangendo-se qualquer manifestação de uma conduta activa ou omissiva, adequada a obter o resultado pretendido, o qual é conseguido contra a vontade do sujeito passivo, anulando, ainda que parcialmente, a sua vontade ou colocando-o numa situação de inferioridade que o impede de reagir como queria.” (Sumário, ponto II).

sido o recente Ac. do Tribunal da Relação de Lisboa, de 12 de junho de 2019⁵⁵, onde foi proferido que “A conduta de imposição a que a ofendida sofra a prática de um ato não querido nem consentido consubstancia o elemento típico violência do crime de violação. [Sumário VII]” e que “A centralidade da ilicitude da conduta típica do crime de violação reside no ato de forçar a vontade de outrem, e não no concreto ato de coação sexual, que se é constrangida/o a sofrer. [Sumário VIII]”.

Por outro lado, parte da Doutrina, defende posição diferente. FIGUEIREDO DIAS entende que não basta que o agente constranja a vítima a sofrer ou a praticar ato sexual de especial relevo sem ou contra a sua vontade, sendo exigível por força do carácter fragmentado da tutela penal que tal constrangimento ocorra através da utilização de um meio típico de coação⁵⁶. Especificamente em relação ao conceito de “violência”, o mesmo Autor defende que para este se verificar, tem de existir sempre qualquer *corporalidade* do meio de coação, implicando o uso da força física (como *vis absoluta* ou como *vis compulsiva*), embora reconheça que não é necessário que a força deva qualificar-se de pesada ou grave, mas apenas de “idónea, segundo as circunstâncias do caso [...] a vencer uma resistência efetiva ou esperada da vítima”⁵⁷. Este mesmo entendimento é também perfilhado por CASTELA RIO e MIGUEZ GARCIA, acrescentando estes Autores que o simples desrespeito pela vontade da pessoa ofendida não pode ser qualificado de violência⁵⁸. No mesmo sentido, também INÊS FERREIRA LEITE ajuíza que “alguma tendência para ver na incriminação da violação qualquer prática de acto sexual com dissentimento da vítima, parece ir longe demais. Importante é entender que a verificação do conceito de «violência» não depende de uma efectiva resistência da vítima, nem da qualidade ou intensidade da mesma resistência, mas sim na idoneidade objectiva do meio de coacção ou ameaça utilizado pelo agressor”⁵⁹. Este entendimento do termo violência esteve presente em diversos Acórdãos, sendo um deles, p. ex., o Ac. do Tribunal da Relação de Lisboa, de 02 de julho de 2013⁶⁰.

⁵⁵ Ac. do TRL, de 12 de junho de 2019, proc. n.º 473/16.0JAPDL.L1, Relatora Teresa Féria, disponível em <http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/a702496a92a5e7518025841c0055094b?OpenDocument>.

⁵⁶ DIAS, Jorge de Figueiredo, *op. cit.* (nota 17), p. 725.

⁵⁷ Cf. *Idem*, p. 725 e 726.

⁵⁸ GARCIA, M. Miguez / RIO, J. M. Castela, *op. cit.* (nota 23), p. 786.

⁵⁹ LEITE, Inês Ferreira, “*A Tutela Penal da Liberdade Sexual*”, p. 21 e 22, disponível em https://www.researchgate.net/publication/263276823_A_Tutela_Penal_da_Liberdade_Sexual

⁶⁰ Ac. do TRL, de 02 de julho de 2013, proc. n.º 32/10.0PLLR.L1-5, Relator José Adriano, disponível em <http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/f090141c8a265de680257be200375649?OpenDocument>, onde pode ler-se: “Violência reporta-se à utilização de força física como meio de vencer a resistência oferecida ou esperada por parte da vítima como reacção à actuação do agente. Força essa que não

Por fim, há quem identifique ainda uma terceira posição⁶¹, mais extremada, em que se exige um debate entre o agente e a vítima, recaindo sobre esta segunda um ónus de resistência. Esta tese é comumente apontada a Autores mais conservadores, tais como NÉLSON HUNGRIA⁶², RODRIGUEZ DEVESA⁶³ e SIMAS SANTOS e LEAL-HENRIQUES⁶⁴.

Numa análise Jurisprudencial, um dos mais icónicos Acórdãos onde esta posição esteve patente, exigindo-se (extrema) resistência física por parte da vítima – com referência aos Autores *supra* referidos – foi sem dúvida, o célebre Ac. do Tribunal da Relação do Porto, de 13 de novembro de 2011⁶⁵. Neste é possível ler-se: “O agente só comete o crime se, na concretização da execução do acto sexual, ainda que tentado, se debater com a pessoa da vítima, de forma a poder-se falar em “violência”.” (Sumário, ponto I), e “A força física destinada a vencer a resistência da vítima pressupõe que esta manifeste de forma positiva, inequívoca e relevante a sua oposição à prática do acto.” (Sumário, ponto II).

Este Acórdão é, contudo, salvo o devido respeito, exemplo de uma leitura que transcende até mesmo uma interpretação restritiva do conceito, onde somente é possível enquadrar a violência física e onde se exige que a vítima resista à agressão, uma vez que, em nosso entendimento, não havia sequer como negar *in casu*, o emprego de violência física e consequente resistência por parte da vítima⁶⁶. Aliás, forte crítica da posição adotada neste

tendo que revestir características específicas há-de revelar-se como meio adequado e idóneo a vencer a resistência real ou presumível que a vítima oponha à acção [Sumário, ponto III]” e “Neste particular afasta-se o entendimento dominante na jurisprudência que apresenta como suficiente para identificar uma situação de violência relevante para efeitos de tipificação criminal a inexistência de consentimento e/ou de vontade livre da vítima para a prática da cópula. [Sumário, ponto IV]”.

⁶¹ CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da, *op. cit.* (nota 45), p. 136 e 137.

⁶² Que afirma *in*: HUNGRIA, Nelson / LACERDA, Romão Côrtes de, “Comentários ao Código Penal: decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940”, vol. VIII, Rio de Janeiro: Forense, 1959, p. 118, que: “O *dissenso* da vítima deve ser sincero e positivo, manifestando-se por inequívoca *resistência*. Não basta uma platônica ausência de adesão, uma recusa meramente verbal, uma oposição passiva ou inerte. É necessária uma vontade decidida e militantemente contrária, uma oposição que só a violência física ou moral consiga vencer. Sem duas vontades embatendo-se em conflito, não há estupro.”

⁶³ Cf. DEVESA, J. M. Rodriguez / GOMEZ, Alfonso Serrano, “*Derecho Penal Español: parte especial*”, 18.ª ed., Dykinson, Madrid, 1995, p. 166 e ss., onde é possível ler-se: “*La violación se concreta, como enseñó CARRARA, en el concurso de dos voluntades en guerra. Por ello es característico de este delito no sólo el empleo de la vis física (fuerza) o de la intimidación (vis moralis), sino una resistencia seria y mantenida por parte de la víctima durante el curso de la acción violenta. Una simple falta de adhesión a los propósitos del agente no basta ni tampoco una resistencia que deviene pródromo del acto sexual.*”

⁶⁴ Cf. SANTOS, Manuel Simas / LEAL-HENRIQUES, Manuel, “*Código Penal Anotado*”, vol. 3, 4.ª ed., Lisboa: Rei dos Livros, 2016, p. 465 e 466.

⁶⁵ Ac. do TRP, de 13 de abril de 2011, proc. n.º 476/09.0PBBGC.P1, Relatora Eduarda Lobo, disponível em <http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/0/1c550c3ad22da86d80257886004fd6b4?OpenDocument>.

⁶⁶ No mesmo sentido, cf. BELEZA, Teresa Pizarro, *op. cit.* (nota 40), p. 21, e também, fazendo uma análise mais detalhada de todo o Acórdão, cf. CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da, “Conceito de violência no crime de violação: Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 13/11/2011”, in *Revista Portuguesa de Ciência*

Ac., foi TERESA BELEZA que afirmou: “A nossa Justiça tem ideias muito estranhas sobre o que seja violência. [...] Pensava eu que o cerne da violação era forçar alguém a ter relações contra a sua vontade, *forçando-a* ou *constrangendo-a*, por violência ou ameaça, ou aproveitando a sua vulnerabilidade. Mas o Tribunal da Relação do Porto tem uma ideia diferente: a violação verdadeira implica sangue, tiros, gritos lancinantes e uma luta corpo a corpo. Como nas séries de televisão, que certamente os juízes andam a ver em excesso.”⁶⁷.

Outro Ac. onde esta posição foi também adotada – embora não tão recente, subscrito unanimemente pelos quatro juízes desembargadores – foi o Ac. do Tribunal da Relação do Porto, de 7 de novembro de 2007⁶⁸. Neste, é possível ler-se afirmações, tais como: “[...] no caso, nem se provou que a violação tivesse provocado à ofendida um “sofrimento físico ou psicológico agudo”, [...] a violação, envolveu um acto de cópula e outro de coito anal, ocorridos [...] *sem violência particularmente grave*. O arguido limitou-se a intimidar a ofendida, dizendo-lhe que se resistisse “seria pior”, para além de, fazendo *uso moderado da força física*, ir vencendo as *pequenas resistências* que ela, não obstante a ameaça, foi opondo. Assim [...] o arguido com as mãos “forçou-a” a abrir as pernas e penetrou-a; e [...] *forçou-a, puxando-a por um braço*, a colocar-se na posição pretendida [itálico nosso].⁶⁹”

Novamente, em nosso entender, e com o devido respeito, também neste caso o meio de constrangimento violência e, inclusive, a exigência da resistência por parte da vítima, se encontravam verificados.

Todavia, em sentido contrário a esta terceira posição, é possível também apontar Jurisprudência onde se nega veementemente a existência de um ónus de resistência por parte

Criminal, Ano 21, n.º 1 (Jan.- Mar. 2011), Coimbra Editora, 2011; e SOTTOMAYOR, Maria Clara, *op. cit.* (nota 46).

⁶⁷ BELEZA, Teresa Pizarro, “*A Violência das Coisas*”, 13 de maio de 2011, disponível em <https://www.fd.unl.pt/anexos/4199.pdf>.

⁶⁸ Ac. do TRP, de 7 de novembro de 2007, proc. n.º 0714613, Relator Manuel Braz, disponível em <http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/56a6e7121657f91e80257cda00381fdf/dafb21957eb341df8025739400521590?OpenDocument>.

⁶⁹ Tendo sido proferidas, igualmente, outras tantas afirmações controversas. São exemplo: “Deve ainda dizer-se que o facto de a ofendida, antes de abandonar o lugar onde ficou livre do arguido, ter anotado a matrícula do automóvel daquele, pela presença de espírito que revela, é pouco compatível com um grande abalo psicológico. E quanto a sofrimento físico provou-se apenas que o arguido ao introduzir o seu pénis no ânus da ofendida provocou a esta dores, que a levaram a gritar. Mas essas dores, mesmo que tenham sido intensas, o que nem está provado, foram pouco mais que instantâneas e não queridas pelo arguido, pois, ao verificar que com a introdução do pénis no ânus da ofendida lhe causava dores, logo pôs termo a esse acto, retomando a cópula.”.

da vítima⁷⁰. Entre nós, são exemplo os já mencionados Ac. do Tribunal da Relação do Porto, de 15 de junho de 2011⁷¹ e o Ac. do Tribunal da Relação de Lisboa, de 12 de junho de 2019⁷², mas também o Ac. do Tribunal da Relação do Porto, de 10 de setembro de 2014⁷³. Relativamente à Jurisprudência europeia, emblemático neste sentido foi, sem dúvida, o caso *M.C. versus Bulgária*⁷⁴, proferido pelo TEDH, do qual consta: “[...] *it appears that the prosecutors did not exclude the possibility that the applicant might not have consented, but adopted the view that in any event, in the absence of proof of resistance, it could not be concluded that the perpetrators had understood that the applicant had not consented [...]*” e “*The Court considers that, while in practice it may sometimes be difficult to prove lack of consent in the absence of “direct” proof of rape, such as traces of violence or direct witnesses, the authorities must nevertheless explore all the facts and decide on the basis of an assessment of all the surrounding circumstances. The investigation and its conclusions must be centred on the issue of non-consent.*”

Posto tudo isto, é nosso entendimento⁷⁵ que era evidente a necessidade de se proceder a uma intervenção legislativa, de forma a não só se clarificar o preceito, como a tornar-se mais homogénea a sua interpretação e consequente aplicação pelos tribunais, procurando alcançar-se uma mais adequada proteção do bem jurídico.

⁷⁰ Também muito crítica da questão do ónus de resistência da vítima, cf. SOTTOMAYOR, Clara, *op. cit.* (nota 50), p. 274 e 275, onde pode ler-se: “como se a vítima, se não defender o seu corpo e a sua autonomia com energia, agredindo o violador, merecesse ser violada ou a sua liberdade sexual deixasse de ser tutelada pelo direito penal.”

⁷¹ Vd. *supra*, (nota 54), onde pode ler-se: “Poderá configurar-se violência mesmo que não haja reacção ou resistência por parte da vítima: o que importa é que sejam utilizados meios que impedem a formação da vontade ou a liberdade de determinação da vítima.” [Sumário, ponto III].

⁷² Vd. *supra*, (nota 55), onde pode ler-se: “A ausência de resistência física por parte de uma vítima de um crime de violação não pode ser considerada como uma forma de aceitação ou consentimento da agressão, mas pelo contrário expressa apenas o desejo de sobreviver a uma situação cujo controle não detém e relativamente à qual experimenta um sentimento de completa impotência. [Sumário, ponto IV]”.

⁷³ Ac. do TRP, de 10 de setembro de 2014, proc. n.º 1054/13.5JAPRT.P1, Relatora Eduarda Lobo, disponível em <http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/56a6e7121657f91e80257cda00381fdf/b19245b4dea60edc80257d5c00556e25?OpenDocument>, onde pode ler-se: “Poderá, assim, configurar-se violência mesmo que não haja reacção ou resistência por parte da vítima – o que importa é que sejam utilizados meios que impedem a formação da vontade ou a liberdade de determinação da vítima.”

⁷⁴ Vd. *supra*, (nota 36).

⁷⁵ Em sentido idêntico, cf. CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da, *op. cit.* (nota 45), p. 138 e o “Parecer da APAV sobre as implicações legislativas da Convenção de Istambul do Conselho da Europa para a Prevenção e o Combate à Violência contra as Mulheres e a Violência Doméstica”, disponível em https://apav.pt/apav_v3/images/pdf/Parecer_da_APAV_relativo_as_implicacoes_legislativas_da_Convencao_de_Istambul.pdf.

A redação do preceito imposta pela Lei n.º 83/2015, de 5 de agosto, veio pois, a nosso ver, dar resposta a muitas das questões até então suscitadas.⁷⁶ Isto é, com a nova redação deixou de exigir-se no n.º 2 do art., que o agente recorresse a meios de constrangimento que não os previstos no n.º 1 e que, cumulativamente, o fizesse abusando da autoridade que lhe era atribuída quer por força de uma relação de proximidade⁷⁷, quer por força da sua posição económica, hierárquica ou de trabalho. Desta forma, passou unicamente a exigir-se que o agente constrangesse a vítima mediante *qualquer* comportamento que efetivamente configurasse uma coação⁷⁸, eliminando-se o restante do preceito⁷⁹.

Esta alteração veio, pois, permitir que mesmo reconduzindo o conceito de “violência” unicamente ao emprego de violência física, os casos em que o agressor não recorresse a esse *plus*⁸⁰ – mas a qualquer outra forma de coação – não ficassem excluídos da incriminação. Estes passariam, portanto, a ser passíveis de ser enquadrados no n.º 2 da previsão legal.

De ressaltar, porém – enquanto aspeto não tão positivo – que era, ainda assim, possível, consoante o entendimento do aplicador relativamente ao conceito de violência fosse mais ou menos amplo, verificar-se discrepâncias na responsabilidade penal do agressor, por força de se inserir a sua conduta, respetivamente, ora no n.º 1, ora no n.º 2 do preceito, tendo tal inserção legal implicações na moldura penal aplicável ao caso.⁸¹

Todavia, apesar deste reparo, entendemos que a alteração legislativa de 2015 veio conceder respostas fundamentais na matéria dos crimes sexuais. Tendo proporcionado que a questão em torno do conceito “violência” fosse atenuada e que se verificasse o – já há muito reclamado – alargamento da punição do crime de Violação aos casos em que a vítima era constrangida por qualquer meio que não os tipicamente previstos.

Com a redação alcançada em 2015 a legislação penal portuguesa, no que concerne aos crimes sexuais, passou pois, a estar em consonância com o preceituado na Convenção, uma vez que, apesar de o legislador português ter mantido a tónica dos crimes sexuais na

⁷⁶ Em sentido inverso, cf. LEAL, Celso, “*A (necessária) reforma do sistema penal português respeitante aos crimes sexuais segundo a Convenção de Istambul*”, in Revista MP, A. 40, n.º 157 (Jan. - Mar. 2019), p. 152 e ss.

⁷⁷ Leia-se: relação familiar, de tutela ou de curatela.

⁷⁸ Neste sentido, cf. LOPES, José Mouraz / MILHEIRO, Tiago Caiado, “*Crimes Sexuais: análise substantiva e processual*”, 1.ª ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2015, p. 36.

⁷⁹ Que, contudo, passou a integrar a al. b), do n.º 1, do art. 177.º, enquanto circunstâncias agravantes.

⁸⁰ Ou a outro meio de constrangimento típico.

⁸¹ Com opinião idêntica, cf. CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da, *op. cit.* (nota 45), p. 140 e 141.

conduta coativa do agente – impondo o constrangimento da vítima – tal conduta apenas pode ocorrer se os atos sexuais forem praticados *contra a vontade da vítima*. Assim sendo, no nosso entender, a redação do preceito encontrava-se em linha com o preceituado na Convenção, devendo a expressão “*não consensuais*” presente na mesma, ser interpretada neste sentido – referindo-se, pois, aos atos praticados contra a vontade da vítima⁸².

2. O conceito de “constrangimento”

Tendo o legislador em 2015 mantido o Modelo do Constrangimento, em 2019 com a introdução do n.º 3 no preceito ficou notório o intuito de esclarecer e definir aquilo que se entendia pelo termo “constranger”.

Porém, esta iniciativa faz questionar se tal conceito estaria a ser mal interpretado pela Doutrina ou, quiçá, mal aplicado pela Jurisprudência, pois só assim vislumbramos justificação para tal esclarecimento. Nas palavras de PEDRO CAEIRO, cremos, pois, que só se se identificasse “uma divergência constante e irredutível entre o sentido intencionado pelo legislador ao utilizar o termo constrangimento e o sentido que lhe é dado pelos agentes do sistema jurídico-penal”⁸³ é que se colocaria o legislador numa espécie de “estado de necessidade” justificativo de uma intervenção legislativa.⁸⁴

Veja-se, então, o que tem sido entendido acerca deste conceito.

No que concerne à Doutrina, FIGUEIREDO DIAS afirma, ainda em 2012, que “A conduta típica (“constranger”) traduz-se em um acto de **coacção** imediatamente **dirigido** à prática, activa ou passiva, de um acto sexual de relevo [negrito do Autor].”⁸⁵. MOURAZ LOPES e TIAGO MILHEIRO, por seu turno, entendem que “o ato de constrangimento pressupõe sempre uma dimensão coativa – ainda que não violenta – que deve ocorrer e que, por isso deve ser manifestada”⁸⁶, acrescentando estes mesmos Autores, que o constrangimento se apresenta como um elemento típico indispensável para que se concretize o crime de violação.⁸⁷ MARIA DA CONCEIÇÃO CUNHA entende que relacionamento sexual “constrangido” será aquele não livremente consentido.⁸⁸ Por fim, para SIMAS SANTOS e

⁸² No mesmo sentido, cf. CAEIRO, Pedro, *op. cit.* (nota 41), p. 46.

⁸³ CAEIRO, Pedro, *op. cit.* (nota 41), p. 22.

⁸⁴ *Ibidem*.

⁸⁵ DIAS, Jorge de Figueiredo, *op. cit.* (nota 17), p. 724.

⁸⁶ LOPES, José Mouraz / MILHEIRO, Tiago Caiado, *op. cit.* (nota 78), p. 47.

⁸⁷ *Ibidem*.

⁸⁸ CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da, *op. cit.* (nota 45), p. 140.

LEAL-HENRIQUES, “constranger é obrigar, submeter à sua vontade, sem que a vítima tenha liberdade de determinação”⁸⁹. Ou seja, todas estas definições apresentam ter no seu cerne, essencialmente, a mesma premissa, da qual partilhamos.

Porém, a posição que adotamos, na íntegra, é a apresentada por PEDRO CAEIRO, segundo a qual “constranger, no âmbito dos crimes sexuais, é *obrigar outra pessoa a praticar ou a sofrer um acto sexual contra a sua vontade*”⁹⁰.

Esta é uma definição não só clara, como extremamente precisa, pois constranger outra pessoa a praticar seja que ato for – mesmo prevendo-se a possibilidade de não se tratar de um ato de cariz sexual – implica sempre um ato de coação, o obrigar a vítima a fazer algo que, efetivamente, não seja desejado por ela. Desta forma, concebemos “constrangimento” e “contra a sua vontade / sem o seu consentimento” como sendo conceitos umbilicalmente conexos e, conseqüentemente, mutuamente excludentes⁹¹, na medida em que, a nosso ver, constranger implica sempre a transgressão de uma vontade contrária: quem constrange, fá-lo para impor a sua vontade sobre a de outra pessoa, logo, “a existência de constrangimento não é compatível com um “consentimento” eficaz (esclarecido e, em especial, *livre*)”⁹².

Entendimento semelhante do conceito foi também defendido recentemente na Jurisprudência, nomeadamente do STJ, no Ac. de 4 de julho de 2019⁹³, onde se pode ler: “constrangimento será qualquer ato/processo intimidatório [...] dirigido à ocorrência de um facto nocivo (para a vítima ou para terceiro), como é o caso, desde logo, da violência psíquica consubstanciada em ordens, ameaças não graves (uma vez que as ameaças graves, representando a forma mais concludente de violência psíquica, caem logo no âmbito do n.º 1 do art. 164.º, sendo ainda certo que “as ameaças insignificantes não preenchem a área de tutela típica”) e, em geral, de qualquer situação de insegurança [...] adequada/idónea a atemorizar a vítima e que – impedindo-a de eficazmente resistir ou de livremente consentir na prática de ato sexual indesejado – a obrigue a isso.”

⁸⁹ SANTOS, Manuel Simas / LEAL-HENRIQUES, Manuel, *op. cit.* (nota 64), p. 465.

⁹⁰ CAEIRO, Pedro, *op. cit.* (nota 41), p. 12.

⁹¹ Cf. CAEIRO, Pedro, *op. cit.* (nota 41), p. 11 e ss.

⁹² *Idem*, p. 12.

⁹³ Ac. do STJ (3.ª Secção Criminal), de 4 de julho de 2019, proc. n.º 461/2017, Relatores Belo Morgado e Manuel Matos, publicado em <https://www.datajuris.pt>.

Igualmente, no Ac. do Tribunal da Relação do Porto, de 30 de novembro de 2016⁹⁴, definiu-se o mesmo conceito, com recurso à posição adotada por VICTOR SÁ PEREIRA⁹⁵, proferindo-se que “constranger significa coagir, compelir, forçar, impor, obrigar. O coagido deixa de agir livremente, fazendo ou sofrendo o que não quer; a sua conduta passa a não ser voluntária, mas, antes, imposta, ficando assim afastada a respetiva liberdade de autodeterminação”⁹⁶.

Quer dizer, queremos assim firmar – em linha com as posições Doutrinárias e Jurisprudenciais supramencionadas – que o termo “constranger” no contexto dos crimes sexuais, nada mais implica, *per si*, do que coagir outra pessoa à prática de atos sexuais *contra a sua vontade*. Podendo, assim, tal conduta coativa ser operada por diversos meios, desde a violência física à ameaça não grave – tal como cremos ter ficado patente com a redação alcançada em 2015. Desta forma, não vislumbramos como possível inferir que da utilização do termo “constranger” decorra qualquer ónus de resistência por parte da vítima.

Aliás, exemplar na demonstração deste mesmo entendimento, cremos ter sido a analogia operada por PEDRO CAEIRO entre a noção de “constrangimento”, presente no art. 164.º (e no art. 163.º), e a presente em tipos legais tais como o art. 154.º-B⁹⁷ (referente ao Casamento Forçado) e o art. 170.º⁹⁸ (relativo à Importunação Sexual), onde nestes últimos não se associa tal conceito à resistência por parte da vítima. Aliás, tal como o mesmo Autor ressalva, e bem, no caso do comum “apalpão” – conduta capaz de integrar o crime de Importunação Sexual – *não pode* haver sequer resistência devido ao carácter inesperado do contacto⁹⁹.

Dito isto, acreditamos, pois, ser erróneo afirmar que do termo “constranger” decorra um ónus de resistência por parte da vítima. Na verdade, tal expressão, deve ser entendida, a

⁹⁴ Ac. do TRP, de 30 de novembro de 2016, proc. n.º 43/13.4JAPRT.P1, Relator Luís Coimbra, disponível em <http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/56a6e7121657f91e80257cda00381fdf/cc332061336fd772802580990056dea7?OpenDocument>

⁹⁵ PEREIRA, Victor Sá, “Código Penal: Notas e Comentários”, Lisboa: Livros Horizonte, 1988, p. 208.

⁹⁶ Contudo, é de ressaltar que, muito embora seja apresentada esta noção de constrangimento, do mesmo Ac. decorre que o constrangimento apenas pode ser operado com recurso um dos meios típicos de coação.

⁹⁷ “Art. 154.º-B – Casamento forçado

Quem *constranger* outra pessoa a contrair casamento ou união equiparável à do casamento é punido com pena de prisão até 5 anos”.

⁹⁸ “Art. 170.º – Importunação sexual

Quem importunar outra pessoa [...] *constrangendo-a* a contacto de natureza sexual, é punido com pena de prisão até 1 ano ou com pena de multa até 120 dias, se pena mais grave lhe não couber por força de outra disposição legal”.

⁹⁹ CAEIRO, Pedro, *op. cit.* (nota 41), p. 14.

nosso ver, como referindo-se unicamente à conduta do autor (que tem de, por qualquer meio idóneo, coagir a vítima a sofrer ou praticar atos sexuais) e não à conduta da vítima.

Todavia, evidentemente que decorre do preceito a necessidade de se demonstrar que o agente realmente constrangeu a vítima à prática dos atos sexuais. E, portanto, que necessariamente os factos ocorreram contra a vontade da mesma. É, pois, por esse motivo, que julgamos que na Jurisprudência se pode verificar, por vezes, tendência para se privilegiar o meio de constrangimento violência física (i.e., para se tentar dar como provado o emprego de violência), por força deste ser um critério capaz de revelar de forma mais objetiva o dissentimento da vítima, contrariamente a outros meios de coação.¹⁰⁰

Contudo, é nosso entender, que com a redação do preceito de 2015 ficou notório que a única exigência decorrente da lei era a de que o agressor *constrangesse* a vítima – independentemente de, para tal, recorrer à violência ou a qualquer outro meio coativo – ficando somente a cargo do aplicador, em consonância com o preceituado na Convenção, analisar de acordo com o “*contexto das circunstâncias envolventes*”, se, *in casu*, a vítima havia, ou não, sido constrangida à prática sexual e, portanto, se teria, ou não, dissentido a prática dos atos sexuais ou, ainda, se tendo assentido, se o havia feito de forma livre e esclarecida.

3. Constrangimento, Dissentimento e Ausência de Consentimento

Até então, a questão do consentimento e os diferentes conceitos referentes a esta temática, têm sido abordados de forma idêntica. Contudo, cremos ser agora oportuno aprofundar o que realmente depreendemos acerca dos conceitos de “Constrangimento”, “Dissentimento” e “Ausência de Consentimento”, uma vez que não os concebemos a todos como sendo análogos e, conseqüentemente, apontamos modelos de aplicação diferentes consoante o termo utilizado.

Ora, quanto à noção de “constrangimento”, esta já foi alvo de análise *supra*, pelo que já aí ficou patente que concebemos “constrangimento” e “dissentimento” como sendo noções umbilicalmente conexas. Quer dizer, cremos que para haver constrangimento tem de

¹⁰⁰ Esta posição, de que, por vezes, se privilegia o meio de coação “violência” por ser um critério mais objetivo na demonstração da prática do crime de Violação, cremos ter estado, em parte, presente na decisão do TEDH no caso *M.C. versus Bulgária*, onde pode ler-se: “*The Court considers that, while in practice it may sometimes be difficult to prove lack of consent in the absence of “direct” proof of rape, such as traces of violence or direct witnesses, [...] the investigation and its conclusions must be centred on the issue of non-consent.*”

haver necessariamente dissentimento (i.e., uma *vontade contrária da vítima*) ou, pelo menos, um consentimento que não seja prestado de forma livre e esclarecida. Para que haja constrangimento é necessário, portanto, que a vítima tenha uma “*não vontade*”¹⁰¹ ou uma “*oposição íntima séria ao acto sexual*”¹⁰².

Realçamos, todavia, neste ponto, que havemos afirmado que dissentir é “*ter uma oposição (...)*” e não que seja “*demonstrar uma oposição (...)*”. O ato de consentir ou de dissentir é uma “*disposição interior conectada à vontade*”¹⁰³, um sentimento intrínseco que não carece, *per si*, de ser demonstrado para existir – ser necessária ou exigível a sua exteriorização/demonstração para que estejamos perante a prática do crime de Violação é, porém, questão diferente.¹⁰⁴

Como tal, concebemos que o recurso a ambos estes conceitos na legislação, no que aos crimes sexuais diz respeito, implicará, respetivamente, ora a adoção do Modelo do Constrangimento (modelo adotado entre nós), ora a adoção do Modelo do Dissentimento (“*No means no*”). O primeiro, centrando-se na *conduta* do agente (sendo que o desvalor do crime reside no ato de *coagir* a vítima), e o segundo na *disposição* interior, ainda que exteriorizada, da vítima (repousando o desvalor na *contrariedade à vontade da vítima*)¹⁰⁵.

A adoção quer de um modelo quer de outro, em nosso entender, terá, portanto, implicações práticas, no essencial, semelhantes¹⁰⁶, uma vez que – tal como já havíamos afirmado – o ato de constranger implica, inevitavelmente, agir em contrariedade à vontade doutrem.

Pelo contrário, quando seja utilizado o termo “Ausência de Consentimento”, já concebemos poder estar perante um outro modelo: o Modelo do Consentimento (“*Only yes means yes*”). De acordo com esta conceção, apenas não estaremos perante a prática do crime de Violação quando se verifique a comunicação/exteriorização do consentimento, devendo “o consentimento para um ato sexual [...] ser voluntário e livremente expresso, específico

¹⁰¹ BELEZA, Teresa Pizarro, *op. cit.* (nota 40), p. 23.

¹⁰² DIAS, Jorge de Figueiredo, *op. cit.* (nota 17), p. 724.

¹⁰³ CAEIRO, Pedro, *op. cit.* (nota 41), p. 15.

¹⁰⁴ Em sentido idêntico, *ibidem*.

¹⁰⁵ *Idem*, p. 23.

¹⁰⁶ No mesmo sentido, e fazendo ainda alusão às situações em que da aplicação prática dos dois modelos advêm diferentes configurações da conduta punível, cf. CAEIRO, Pedro, *op. cit.* (nota 41), p. 23 à 29.

para cada ato e livremente revogável, em qualquer momento”^{107e108}. Não podemos, porém, acompanhar esta perspectiva, uma vez que entendemos que o facto de não existir uma comunicação de consentimento para a prática sexual não implica necessariamente que haja dissentimento / vontade contrária da vítima. A nosso ver, tal apenas significa que não existe uma vontade positiva, uma disposição favorável ao ato – o que não podemos conceber como sendo suficiente para consubstanciar uma lesão ao bem jurídico *liberdade sexual*.¹⁰⁹

Desta feita, entendemos ser manifesto que os resultados alcançados com a aplicação deste modelo poderão ser, em determinadas situações, bastante distintos daqueles alcançados com a adoção dos dois modelos previamente enunciados.

Isto é, na maioria dos casos, o resultado obtido será idêntico: quando haja consentimento das partes envolvidas não estaremos perante a prática de qualquer crime, e quando haja dissentimento de alguma das partes, o tipo legal já se encontrará preenchido. O problema cremos que recai – tal como PEDRO CAEIRO refere, e bem – nas “zonas cinzentas”¹¹⁰ que, apesar de serem residuais, não deixam de existir e de necessitar de uma resposta legalmente adequada. Falamos das situações em que uma das partes nem consente (não tem uma vontade favorável), nem dissente (não tem uma vontade contrária), i.e., das situações em que o titular do bem jurídico ou não tem uma opinião formada¹¹¹, ou simplesmente sente indiferença pela prática dos atos sexuais.¹¹²

Será que nestes casos podemos afirmar, caso o agente prossiga com a prática sexual, estar perante um crime?

A nosso ver, não. Dado que entendemos que apenas será possível estar perante a prática de um crime sexual, quando se verifique uma transgressão do bem jurídico que com esta incriminação se visa proteger, a *liberdade sexual*. Este bem jurídico, por sua vez, possui tanto uma Vertente Positiva, enquanto “a livre disposição do corpo para práticas sexuais nas

¹⁰⁷ SOTTOMAYOR, Maria Clara, “A Convenção de Istambul e o novo paradigma da violência de género”, in Revista ex æquo, n.º 31, 2015, p. 110, disponível em <http://www.scielo.mec.pt/pdf/aeq/n31/n31a09.pdf>.

¹⁰⁸ Cf. também PALMA, Maria Fernanda, “Os temas e os problemas das propostas legislativas de 2019 sobre a violência doméstica e crimes sexuais – O Direito Penal da intimidade sexual e familiar”, in Revista Anatomia do Crime, n.º 9, Janeiro-Junho, 2019, p. 16, onde pode ler-se: “O modelo do consentimento [...] implicará uma demonstração pelo arguido de que houve, no mínimo, na falta de consentimento explícito, inequívoco consentimento tácito.”

¹⁰⁹ No mesmo sentido, cf. CAEIRO, Pedro, *op. cit.* (nota 41), p. 16.

¹¹⁰ *Ibidem.*

¹¹¹ Apesar de se encontrar em condições para o fazer.

¹¹² Cf. CAEIRO, Pedro, *op. cit.* (nota 41), p. 16.

mais variadas formas de atuação”¹¹³, como uma Vertente Negativa, que se prende com o direito a “não sofrer intromissões sexuais alheias *não queridas*, seja em que circunstâncias for, com quem, ou qual for a natureza que os atos sexuais revistam. [itálico nosso]”¹¹⁴. Assim sendo, defendemos que a *liberdade sexual* só poderá ser violada, quando haja uma posição formada pelo detentor do bem jurídico, que seja transgredida. Ou seja, quando haja por parte da vítima uma *vontade contrária* à prática dos atos sexuais, e esta seja infringida pelo agressor. Quando simplesmente haja uma *ausência de vontade* (ou, nos mesmos termos, uma *ausência de consentimento*) não cremos poder estar perante uma violação do bem jurídico, pelo que concordamos com PEDRO CAEIRO quando este afirma que “a danosidade social da conduta reside na *contrariedade à vontade da vítima*, e não na *inexistência de uma decisão positiva* pela prática sexual.”^{115e116}

Desta forma, concebemos os conceitos de “constrangimento” e de “dissentimento” como sendo distintos das expressões “ausência de vontade” e “ausência de consentimento”, na medida em que os primeiros implicam sempre uma violação do bem jurídico *liberdade sexual*, enquanto as segundas já não.

Aliás, o mesmo Autor demonstra brilhantemente os resultados opostos que podem ser obtidos consoante ora se adote o Modelo do Constrangimento ou do Dissentimento, ora o Modelo do Consentimento, com recurso ao seguinte exemplo que passamos a transcrever: “Suponhamos que *A* e *B* se conhecem num lugar público e, passadas algumas horas, concordam em ir para casa de *A*. Aí chegados, beijam-se e abraçam-se. *B*, todavia, encontra-se num estado íntimo de indecisão relativamente à prática de actos sexuais. *A* percebe que *B* se encontra naquele estado de indecisão. Ainda assim, assume o risco de avançar e começa a despir *B*, embora esteja disposto a parar se *B* assim o desejar. Nesse momento, *B* decide que não quer manter práticas sexuais com *A*, recolhe as suas roupas num ápice e abandona repentinamente a casa.”¹¹⁷.

Neste caso, conclui o Autor, à luz do Modelo do Constrangimento ou do Modelo do Dissentimento, não estaremos perante a tentativa da prática de um crime, uma vez que *A*

¹¹³ TORRÃO, Fernando, “*A propósito do bem jurídico protegido nos crimes sexuais: mudança de paradigma no novo Código Penal*”, in Boletim da Faculdade de Direito, Vol. LXXI [Separata], Coimbra, 1995, p. 562 e 563.

¹¹⁴ *Ibidem*.

¹¹⁵ CAEIRO, Pedro, *op. cit.* (nota 41), p. 17.

¹¹⁶ Em sentido contrário, defendendo a adoção do Modelo do Consentimento, cf. PALMA, Maria Fernanda, *op. cit.* (nota 108), p. 15 e 16.

¹¹⁷ CAEIRO, Pedro, *op. cit.* (nota 41), p. 16 e 17.

não deu início a quaisquer atos de constrangimento, i.e., não praticou quaisquer atos *contrários* à vontade de *B*.

A contrario, já de acordo com o Modelo do Consentimento, *A* teria praticado seguramente atos de execução da Coação Sexual ou da Violação quando começou a despir *B* sem que este tivesse expressado o seu consentimento para tal. Neste caso, estaríamos perante a tentativa do crime de Coação Sexual ou de Violação, até porque também o tipo subjetivo se encontrava preenchido, na medida em que *A* havia representado não haver uma disposição favorável positiva por parte de *B* – mas sim uma incerteza ou indecisão – e, não obstante, assumiu o risco ao prosseguir com a conduta. Além do mais, também não houve desistência relevante, porque *B* abandonou inopinadamente o espaço e *A* ficou impossibilitado de prosseguir com a execução¹¹⁸.

Creemos, pois, que o exemplo apresentado é ilustração suficiente para demonstrar os riscos associados à adoção do Modelo do Consentimento, onde se possibilita que alguém (como *B*) possa incorrer na tentativa da prática de um crime, devido a uma conduta que em nada é desvaliosa e que nem sequer coloca perigo para o bem jurídico, dado que *B* nunca intencionou prosseguir quaisquer atos contra a vontade de *A* (*atos não consensuais*). Quer dizer, em linha com o Autor, defendemos que fica patente que adotando o Modelo do Consentimento possibilita-se que os crimes sexuais passem a ter a natureza de *crimes de perigo abstrato* onde, por força dos atos sexuais não serem procedidos de uma comunicação do consentimento, presume-se uma lesão do bem jurídico, passando o risco a correr por conta do agente¹¹⁹.

Ora, com base no descrito, não podemos acompanhar este Modelo, uma vez que entendemos que tal acarreta um risco demasiado elevado no âmbito das relações sexuais, cuja dinâmica própria não pode ser olvidada pelo legislador. Além do mais, por força da adoção do Modelo do Consentimento, tal como dito *supra*, torna-se possível a punição – a nosso ver, desproporcional e injusta – de casos como o exemplificado anteriormente, que não acarretam qualquer perigo para o bem jurídico.

Já com a aplicação dos Modelos do Dissentimento ou do Constrangimento, apenas poderá haver perigo para o bem jurídico quando haja uma transgressão da *vontade contrária da vítima*. Porém, reconhecemos que, por esse motivo, ao adotar-se um destes modelos recai

¹¹⁸ *Ibidem*.

¹¹⁹ *Idem*, p. 20.

sobre a vítima um ónus: o ónus de exteriorizar a sua “*oposição íntima séria*”¹²⁰ / o seu *dissentimento* relativamente às práticas sexuais, possibilitando assim que a sua “*não vontade*”¹²¹ seja conhecida pelo agressor e que, portanto, este possa adequar a sua conduta em conformidade. Caso o agressor não o faça, e decida prosseguir, não obstante represente a vontade contrária da outra parte, já poderemos seguramente afirmar estar perante a consumação (ou, pelo menos, a tentativa) do crime de Coação Sexual ou de Violação, por força do bem jurídico ter sido lesado.

Por fim, resta-nos afirmar que não concebemos este ónus que recai sobre a vítima como sendo demasiado oneroso, mas sim como sendo um *ónus mínimo*¹²². Isto é, acreditamos que a todos incumbe um certo dever de autoproteção dos seus interesses, sendo que, neste âmbito, tal se reconduz à exigência de manifestar o seu *dissentimento*¹²³. Quer dizer, cremos que proteger a *liberdade sexual*, em parte, implica atribuir aos intervenientes das práticas sexuais “a prerrogativa de em qualquer momento recusar ou fazer cessar aquela interação”¹²⁴, pelo que apontamos como lhes sendo exigível que façam – ou, pelo menos, tentem fazer – uso dessa prerrogativa.

Defensora desta mesma posição é também TATJANA HÖRNLE que entende que o Modelo do Dissentimento¹²⁵ não só é adequado para proteger o bem jurídico que com os crimes sexuais se visa proteger, como também não coloca um nível de exigência na vítima demasiado elevado ou oneroso. Para esta Autora, a adoção deste modelo possibilita que qualquer sinal de recusa – independentemente da razão que o motive – seja suficiente para que, caso o agressor prossiga com a conduta, se preencha o tipo legal. Este ónus que se coloca sobre a vítima é, assim, entendido pela mesma, como sendo suficiente para que nos casos em que se presencie uma certa ambiguidade ou incerteza em relação à existência, ou não, de consentimento das partes envolvidas, se retirem quaisquer dúvidas. Possibilita-se, pois, que os intervenientes representem a vontade da outra parte, ou a falta dela, e possam adequar o seu comportamento com base na mesma.¹²⁶

¹²⁰ DIAS, Jorge de Figueiredo, *op. cit.* (nota 17), p. 724.

¹²¹ BELEZA, Teresa Pizarro, *op. cit.* (nota 40), p. 23.

¹²² No mesmo sentido, CAEIRO, Pedro, *op. cit.* (nota 41), p. 17 e ss.

¹²³ *Ibidem.*

¹²⁴ *Idem*, p. 18.

¹²⁵ E cremos que, para os mesmo efeitos, também o Modelo do Constrangimento.

¹²⁶ HÖRNLE, Tatjana, “*The New German Law on Sexual Assault and Sexual Harassment*”, p. 1320, onde pode ler-se: “In ambiguous situations, one person remains passive and silent and an observer familiar with the context would be unsure whether the whole situation points to approval on both sides or not. Under such conditions, moral or educational judgments can blame the other person for not dissolving ambiguity with a

Desta forma, concluímos que, no essencial, não se verificam divergências significativas consoante se adote o Modelo do Constrangimento ou o Modelo do Dissentimento, sendo a adoção de um destes modelos preferível, na medida em que em ambos os casos, para se preencher o tipo legal, se exige que a prática dos atos sexuais seja levada a cabo *contra a vontade* de uma das partes. Assim sendo, no nosso entender, ambos os modelos se encontram em consonância com o preceituado na Convenção, uma vez que cremos que é com este sentido que a expressão “*não consensuais*” empregue na Convenção deve ser interpretada.¹²⁷

Já com a adoção do Modelo do Constrangimento abre-se a possibilidade, tal como já afirmado, de se conceber as relações sexuais sem se aludir à sua dinâmica própria, tornando-se puníveis atos que em nada atentam contra o bem jurídico, por força dos crimes sexuais se transformarem em *crimes de perigo abstrato*, correndo o risco por conta do agente.

Porém, cumpre notar que apenas rejeitamos a adoção integral deste Modelo, i.e., cremos que se este for aplicado pontualmente e em situações específicas (tal como se verifica no StGB, nomeadamente, no § 177 (2), n.º 2), tal modelo pode ser bastante benéfico e capaz de proporcionar respostas legislativas adequadas e abrangentes a situações enquadradas em “zonas cinzentas” que possivelmente com outro modelo não teriam resposta.

simple question. But a potentially life destroying criminal conviction as a sex offender is too strong a response to the failure to deal appropriately with ambiguity. The veto model is preferable. It protects sexual autonomy adequately and does not set the standards for victims’ obligations too high. Any sign of refusal, for whatever personal motive, is sufficient. It is not unreasonable or too demanding to require a sign of disapproval in ambiguous situations.”. Texto disponível em https://www.cambridge.org/core/services/aop-cambridge-core/content/view/C8FAD908DD7B6ECC28C6CF36BD9603BE/S2071832200022355a.pdf/new_german_law_on_sexual_assault_and_sexual_harassment.pdf

¹²⁷ Em sentido idêntico, cf. CAEIRO, Pedro, *op. cit.* (nota 41), p. 46.

CAPÍTULO IV – CONTINUIDADES E RUTURAS APÓS A 48.^a ALTERAÇÃO AO CÓDIGO PENAL PELA LEI N.º 101/2019, DE 6 DE SETEMBRO

1. A manutenção do termo “constranger”

Com o Relatório do GREVIO¹²⁸, em janeiro de 2019, acerca do desempenho de Portugal quanto ao cumprimento das obrigações decorrentes da Convenção de Istambul, foram feitas algumas observações em relação à legislação penal portuguesa.

Em especial, foi apontado que, por força de se manter o termo “constranger”, nos artigos 163.º e 164.º C.P., a alteração legislativa operada em 2015 não se havia revelado suficiente para cortar definitivamente com a prática de longa data dos tribunais portugueses de exigirem prova da resistência da vítima por forma a condenarem o perpetrador¹²⁹. Foi, portanto, igualmente recomendado pelo GREVIO que a legislação portuguesa fosse ajustada de forma a que os crimes sexuais passassem a basear-se na falta de consentimento da vítima¹³⁰.

Além do GREVIO, também o Comité CEDAW da ONU¹³¹, ainda em 2015, já havia tomado posição idêntica. Tendo preferido que, apesar das alterações legislativas de 2015 terem sido benéficas, ainda assim, a legislação portuguesa não se encontrava totalmente em linha com o preceituado na Convenção, por força de não se encontrarem abrangidas todas as

¹²⁸ Disponível em <https://rm.coe.int/grevio-reprton-%20portugal/168091f16f>.

¹²⁹ Leia-se, na versão originária: « [...] GREVIO notes, however, that these legislative changes did not definitively do away with the requirement of the use of force since in paragraphs 2 of Articles 163 and 164 of the PCC, the offensive conduct is qualified by the use of the verb “constrain”. GREVIO considers that such a wording is not sufficient to definitively break away from the longstanding practice of Portuguese courts to require proof of the victim’s resistance in order to sentence the perpetrator. »

¹³⁰ Leia-se, na versão originária: « GREVIO urges the Portuguese authorities to [...] amend their criminal legislation on sexual crimes to ensure that such offences are based on the absence of the free consent of the victim. »

¹³¹ CEDAW, Committee on the Elimination of Discrimination against Women – United Nations, “Concluding observations on the combined 8th and 9th periodic reports of Portugal” (CEDAW/C/PRT/CO/8-9), publicado a 24 de novembro de 2015, disponível em <https://digitallibrary.un.org/record/816939#record-files-collapse-header>, p. 6.

formas de atos sexuais não consensuais¹³². Foi, portanto, igualmente recomendado por esta entidade que o legislador português alterasse a lei penal nesse sentido¹³³.

Por fim, mais recentemente, a 24 de novembro de 2018, foi também publicado um Relatório da Amnistia Internacional¹³⁴ que, mais uma vez, adotou semelhante posição, onde foi feita menção a dois casos mediáticos que haviam ocorrido em Espanha e em Portugal, respetivamente, o caso “*La Manada*” e o caso proferido pelo TRP conhecido pela “Sedução Mútua”.

Desta forma, conclui-se que a ideia de que a legislação penal portuguesa não se encontrava de acordo com o preceituado na Convenção, foi bastante difundida nos últimos anos por diferentes entidades.

Contudo, é de ressaltar que, no que concerne ao proferido pelo Comité CEDAW da ONU, não foram apontados fundamentos concretos para que fosse afirmado que a legislação penal portuguesa não se encontrava em consonância com o preceituado na Convenção. Quanto ao Relatório da Amnistia Internacional, é de salientar também que é feita referência, no respeitante a Portugal, a um caso bastante mediático que, apesar de se enquadrar no leque dos crimes sexuais, prende-se com um tipo legal¹³⁵ com contornos específicos e díspares dos previstos para o crime de Violação. Além do mais, não nos parece correto nem suficiente isolar um único caso com grande dimensão mediática e apontá-lo como fundamento para se proceder a uma alteração legislativa. Por fim, também de notar que a referência ao caso ocorrido em Espanha, conhecido por “*La Manada*”, teve um desfecho final diferente do referido no Relatório, sendo que cinco dos arguidos acabaram

¹³² Leia-se, na versão originária: « *The Committee [...] remains concerned that, despite the improvements, the legislation of the State party is not fully in compliance with the provisions of the Istanbul Convention, given that it does not cover all forms of non-consensual sexual acts.* »

¹³³ Leia-se, na versão originária: « *The Committee recommends that the State party: (a) Take the measures necessary to adequately address sexual violence in its laws and policies and to ensure that all forms of non-consensual sexual acts are included in the definition of rape under the Penal Code.* »

¹³⁴ Amnistia Internacional, “Right to be free from rape: overview of legislation and state of play in europe and international human rights standards”, Index No: EUR 01/9452/2018, publicado a 24 de novembro de 2018, disponível em <https://www.amnesty.org/download/Documents/EUR0194522018ENGLISH.PDF>, p. 9 e 10. Onde pode ler-se: « *In Spain and Portugal, the governments separately announced in 2018 that they intend to change the legislation to recognize sex without consent as rape, both acting in response to widespread protests in the aftermath of high-profile gang rape cases in which the justice system failed the victims. In the case of Spain, five men accused of rape were found guilty of the lesser offence of sexual abuse, while in Portugal, the court gave a suspended sentence to two men for “sexual abuse of a person incapable of resistance”. An additional source of outrage in both cases was the fact that the judges drew on negative stereotypes and retrogressive language, which in the case of Portugal was harmful to the victim in the text of their judgement.* »

¹³⁵ O crime de “Abuso sexual de pessoa incapaz de resistência” - art. 165.º C.P..

por ser condenados pelo Supremo Tribunal de Espanha, pela prática do crime de Violação¹³⁶, em junho de 2019¹³⁷.

Relativamente ao Relatório do GREVIO, depreendemos que a grande objeção apontada pelo Grupo de Peritos se prende com a *manutenção* do termo “constrangimento”¹³⁸ que, no entender destes, não é suficiente para quebrar com a enraizada prática dos tribunais portugueses de exigir provas da resistência da vítima.

Ora, antes de mais, cumpre referir que de acordo com o *Executive Summary* do GREVIO, tais recomendações tiveram por base relatórios (nomeadamente, um relatório submetido pelas Autoridades Portuguesas e informações complementares apresentadas pela PpDM e pela APMJ), um diálogo entre o Grupo de Peritos e as Autoridades Portuguesas e uma visita de 5 dias a Portugal. Num dos Anexos do Relatório do GREVIO, é também disponibilizada uma lista de entidades com as quais o Grupo de Peritos contactou, de entre elas, a CIG e personalidades em representação quer do MNE, do MJ, do ME e do MTSSS.

Em relação, mais concretamente, ao ponto 173. do Relatório do GREVIO, importa referir que apenas é apontada como fonte um Relatório de ISABEL VENTURA¹³⁹ que, como PEDRO CAEIRO¹⁴⁰ salienta, e bem, foi terminado em agosto de 2016 (ou seja, cerca de *um ano* após a publicação da referida Lei n.º 83/2015). Sendo este, inclusive, um estudo que, tal como a própria Autora denota, tem por base meras entrevistas a juízes, procuradores e advogados¹⁴¹. Além do mais, no mesmo Relatório, a Autora afirma ter realizado o “trabalho de campo” entre junho de 2012 e dezembro de 2013¹⁴², pelo que nessa altura ainda a lei penal não havia sido sequer adaptada ao disposto na Convenção. Por fim, mas não menos importante, salientar também que, contrariamente ao afirmado pelo GREVIO, a Autora não afirma que se verifique uma prática enraizada nos tribunais portugueses de se exigir prova

¹³⁶ E não pelo crime de Abuso Sexual, tal como havia sido proferido em 2ª instância pelo Tribunal Superior de Justiça de Navarra.

¹³⁷ Para mais informações acerca deste caso mediático cf. o Artigo Jornal Diário de Notícias, “La manada traduzida para português”, de 13 de maio de 2018, disponível em https://www.ulisboa.pt/sites/ulisboa.pt/files/public/la_manada_traduzida.pdf

¹³⁸ Em sentido idêntico, cf. CAEIRO, Pedro, *op. cit.* (nota 41), p. 12.

¹³⁹ VENTURA, Isabel, « *They never talk about a victim's feelings: according to criminal law, feelings are not facts* » – *Portuguese judicial narratives about sex crimes* », Relatório publicado pela Palgrave Communications, disponível em <https://www.nature.com/articles/palcomms2016101.pdf>

¹⁴⁰ CAEIRO, Pedro, *op. cit.* (nota 41), p. 13.

¹⁴¹ VENTURA, Isabel, *op. cit.* (nota 139), p. 3. Tradução livre. Leia-se no original: « *focuses mainly on the social representations of judicial actors and includes few information on documentary sources.* »

¹⁴² *Ibidem*. Tradução livre. Leia-se, no original: « *After contacting 12 courts [...] I began the fieldwork in June of 2012 and ended in December of 2013.* »

da resistência por parte da vítima para se condenar o arguido, mas sim – e o que, no nosso entender, é igualmente lamentável – que se verifica uma grande discrepância de exigências quer nos tribunais quer na Doutrina, havendo, por um lado, casos onde efetivamente se exige uma “resistência máxima” da vítima, e outros em que é suficiente verificar-se uma “leve resistência ou mesmo nenhuma resistência física” por parte da mesma, para que se possa condenar o perpetrador¹⁴³.

Aliás, partilhamos desta opinião da Autora, e comprovamo-la facilmente, comparando a discrepância de exigências verificada entre o emblemático Ac. do Tribunal da Relação do Porto¹⁴⁴ – cujo arguido era um médico psiquiatra, acusado de violar uma paciente, mulher grávida em fim de tempo –, onde é possível ler-se: “O agente só comete o crime se, na concretização da execução do acto sexual, ainda que tentado, se *debater* com a pessoa da vítima, de forma a poder-se falar em «violência» [Sumário, ponto II]”, “A força física destinada a *vencer a resistência da vítima* pressupõe que esta manifeste de forma *positiva, inequívoca e relevante* a sua oposição à prática do acto. [Sumário, ponto III]”, e “A recusa meramente verbal ou a ausência de vontade, de adesão ou de consentimento da ofendida são, por si só, insuficientes para se julgar verificado o crime de Violação. [Sumário, ponto IV]” e, outro Acórdão, também ele proferido pela Relação do Porto¹⁴⁵, no mesmo ano, onde *a contrario* já se lê: “Poderá configurar-se violência mesmo que não haja reacção ou *resistência* por parte da vítima: o que importa é que sejam utilizados meios que impedem a formação da vontade ou a liberdade de determinação da vítima.”.

E mais, há discrepâncias tais, que até mesmo no primeiro Ac. referido, a decisão que fez maioria não foi adotada por unanimidade pelo conjunto de juízes, tendo o Dr. Juiz José Papão redigido na Declaração de Voto – e a nosso ver, de forma exemplar – que os factos dados como provados consubstanciavam sim o conceito de “violência” e que a vítima

¹⁴³ Tradução livre. Leia-se, no original: « *The patterns of victim's resistance are not uniform or stable among Portuguese jurisprudence and doctrine. On the contrary, judicial discourses about victim's performance, while repelling an attack, goes from the “utmost resistance” standard to the “lightly or even no physical resistance” one. These opposing narratives coexist in time and space (geographical distinct courts), producing and imposing different and unequal levels of justice, both for defendants and victims. In addition, these dissimilar configurations related to the real victim's behaviour can be found both in ancient and contemporary courts' decisions.* », in: VENTURA, Isabel, *op. cit.* (nota 139), p. 4.

¹⁴⁴ Ac. do TRP, de 13 de abril de 2011, proc. n.º 476/09.OPBBGC.P1, Relatora Eduarda Lobo, disponível em <http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/0/1c550c3ad22da86d80257886004fd6b4?OpenDocument>.

¹⁴⁵ Ac. do TRP, de 15 de junho de 2011, proc. n.º 887/09.ISLPRT.P1, Relatora Maria do Carmo Silva Dias, disponível em <http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/56a6e7121657f91e80257cda00381fdf/09510a179531613a802578c400303290?OpenDocument>.

havia inclusive, dentro das suas capacidades severamente limitadas, resistido à prática sexual.

Todavia, e apesar de já terem sido evidenciados alguns pontos que levam a crer que o Relatório do GREVIO se encontra porventura destoado da realidade judicial portuguesa, a verdade é que o legislador português não partilhou desta opinião. Tendo decidido proceder, pela segunda vez, à alteração da redação dos crimes sexuais, procurando adequá-los ao preceituado pela Convenção e, sobretudo, ao recomendado pelo GREVIO¹⁴⁶.

Contudo, e apesar de, tal como já afirmado *supra*, a principal objeção apontada pelo GREVIO prender-se com a *manutenção* do termo “constranger”, ainda assim, o legislador português não procurou retirar tal expressão da redação do crime de Violação, tendo-se limitado meramente a acrescentar um n.º 3 ao artigo, onde tentou definir aquilo que entendia por este conceito.

Ora, tendo isto em conta, se o objetivo do legislador era ir de encontro ao preceituado no Relatório do GREVIO, então tal objetivo, em nosso entender, não foi alcançado. Isto é, cremos que se a grande objeção apontada se prendia com a *manutenção* do termo “constranger”, impondo-se, pois, que tal expressão fosse eliminada/substituída, e, ainda assim, a mesma permanece atualmente na redação, então a solução apresentada pelo legislador não pode ser adequada a dar resposta ao problema. Sendo de notar que a solução alcançada foi a de se manter o conceito – que, na nossa opinião, não levantava quaisquer dúvidas e que, portanto, não necessitava de qualquer esclarecimento – definindo-o.

2. O novo n.º 3 do art. 164.º e a “Vontade Cognoscível”

Com as mais recentes alterações legislativas operadas sobre os crimes sexuais deuse, então, um incremento no crime de Violação¹⁴⁷, visando-se, assim, dar resposta às críticas apresentadas *supra*.

Passou, portanto, a integrar o preceito um n.º 3, do qual consta o seguinte: “*Para efeitos do disposto no n.º 1, entende-se como constrangimento qualquer meio, não previsto*

¹⁴⁶ Tal como foi, aliás, afirmado no Projeto de Lei n.º 1155/XIII/4.^a (PS), onde pode ler-se: “Procura-se responder muito especialmente ao reparo feito pelo GREVIO segundo o qual a alteração legislativa operada em 2015 não se terá revelado suficiente para cortar definitivamente com a prática de longa data dos tribunais portugueses de exigirem prova da resistência da vítima para a condenação do perpetrador do crime”.

¹⁴⁷ E também no crime de Coação Sexual (art. 163.º C.P.).

no número anterior, empregue para a prática dos atos referidos nas respetivas alíneas a) e b) contra a vontade cognoscível da vítima.”

Desta nova redação é, portanto, possível retirar as seguintes conclusões: 1) “o constrangimento, do qual resulte a prática de acto sexual [...] é o elemento típico indispensável para que se concretize o crime”¹⁴⁸; 2) o constrangimento tanto pode ser operado pelos meios típicos previstos no n.º 2 do art., como por qualquer outro meio que não esses; 3) “a coação é especializada através da sua finalidade, tendo de existir entre ela e [os atos referidos nas al. a) e b)] uma relação meio/fim”¹⁴⁹; 4) a prática dos atos sexuais tem de ocorrer *contra a vontade* da vítima; e 5) a vontade contrária da vítima tem de ser *cognoscível*.

Ou seja, é possível afirmar que as conclusões retiradas da atual redação do preceito são as mesmas que se depreendiam da sua anterior versão, pois veja-se: manteve-se a adoção do Modelo do Constrangimento, permanecendo, pois, o constrangimento como elemento típico do crime de Violação – o que, aliás, já MOURAZ LOPES e TIAGO MILHEIRO afirmavam em 2015¹⁵⁰; o constrangimento continua a ser visto somente como um ato de coação sobre a vítima, podendo este ser operado quer pelo recurso à violência, à ameaça grave, à colocação na impossibilidade de resistir, quer a *qualquer outro meio* coativo (como a ameaça não grave, p. ex.) – tal como já o havíamos defendido *supra*; entre os meios de constrangimento e as práticas sexuais exige-se uma relação de meio/fim, o que também já há muito que era afirmado por FIGUEIREDO DIAS¹⁵¹ e pela generalidade da Doutrina; a prática dos atos sexuais tem de ocorrer *contra a vontade da vítima*, i.e., tem de se verificar uma transgressão da vontade (contrária) / da “não vontade” da vítima – ponto que também já havíamos aprofundado *supra*; por fim, a vontade contrária da vítima tem de ser *cognoscível*, ou seja, a vítima tem de agir de forma a dar a conhecer a sua recusa pela prática sexual – o que, em nosso entender, também já se encontrava implícito na redação pretérita do artigo.

Este último ponto é, todavia, aquele que importa agora aprofundar.

Começando por se definir o conceito “cognoscível” (do latim *cognoscibile*), este significa o “que pode ser conhecido”¹⁵². Tal termo foi, pois, claramente importado do Código

¹⁴⁸ LOPES, José Mouraz / MILHEIRO, Tiago, *op. cit.* (nota 78), p. 47.

¹⁴⁹ DIAS, Jorge de Figueiredo, *op. cit.* (nota 17), p. 724.

¹⁵⁰ LOPES, José Mouraz / MILHEIRO, Tiago, *op. cit.* (nota 78), p. 47.

¹⁵¹ DIAS, Jorge de Figueiredo, *op. cit.* (nota 17), p. 724.

¹⁵² De acordo com o Dicionário Online Infopédia - Dicionários Porto Editora, disponível em <https://www.infopedia.pt/dicionarios/lingua-portuguesa/cognosc%C3%ADvel>

Penal Alemão, mais concretamente do §177 (1) onde consta a expressão “*erkennbaren Willen*”.

Contudo, cumpre notar que tal conceito foi retirado do StGB que, após a reforma legislativa de 2016, passou a adotar, no seu essencial¹⁵³ – e a nosso ver, de forma notável – o Modelo do Dissentimento.

Ora, o que o legislador português parece não ter tido presente aquando desta reforma é que, adotando-se o Modelo do Dissentimento é perfeitamente compreensível (e verdadeiramente necessário até) que se recorra a conceitos tal como o da “*vontade contrária cognoscível*”, de forma a ser possível definir quais as condutas danosas para o bem jurídico. I.e., neste modelo é o facto do agente agir em contrariedade à vontade da vítima / contra a vontade (cognoscível) desta, que preenche o elemento típico do crime, pelo que “nada levará a que a vontade oposta do autor tenha que ser contrariada, pelo contrário, basta que o querer da vítima seja expresso, discernível, reconhecível [...] e, como intenção da parte que se torna acessível é para ser respeitado.”¹⁵⁴.

Já em Portugal, por sua vez, era – e é – adotado não o Modelo do Dissentimento, mas o Modelo do Constrangimento, em que o elemento típico do crime consiste, pois, no *constrangimento* da vítima à prática sexual. Quer dizer, enquanto em Portugal a fronteira da tutela criminal da violação da liberdade sexual se encontra em qualquer comportamento que seja apto a *constranger* a vítima à prática de atos sexuais¹⁵⁵, na Alemanha tal fronteira prende-se unicamente com a prática de atos sexuais *contra a vontade cognoscível de outra pessoa*¹⁵⁶.

Além do mais, importa ainda ressaltar que a cognoscibilidade da vontade contrária, tal como se encontra prevista atualmente no C.P. e no StGB, faz parte exclusivamente do tipo objetivo do ilícito¹⁵⁷. Ou seja, diz respeito à conduta/atuação das partes – neste caso, da vítima. Pelo que, assim sendo, o que com esta previsão se exige é que a vítima demonstre, por qualquer forma (seja com recurso a um “não” claro e preciso, ao choro, à repulsa, à linguagem do corpo, etc.) a sua *recusa* pela prática sexual.

¹⁵³ Fazendo, pois, uma concessão ao modelo “Only yes means yes” no Sect. 177 (2), n.º 2. StGB.

¹⁵⁴ GARCIA, M. Míguez / RIO, J. M. Castela, *op. cit.* (nota 23), p. 782 e 783.

¹⁵⁵ Cf. LOPES, José Mouraz / MILHEIRO, Tiago, *op. cit.* (nota 78), p. 47.

¹⁵⁶ Neste sentido, cf. CAEIRO, Pedro, *op. cit.* (nota 41), p. 19 e 20.

¹⁵⁷ Em sentido idêntico, *idem*, p. 19.

Já se o agente representa, ou não, tal dissentimento, faz parte do tipo subjetivo do crime. Pelo que, sendo a Violação um crime doloso, em todas as suas formas^{158e159}, então exige-se que o agente represente a recusa da vítima pela prática dos atos sexuais.

Ora, assim sendo, conclui-se que a decisão do legislador português de definir o termo “constranger” com recurso à expressão “contra a vontade cognoscível da vítima” não era *necessária* – e nem sequer *lógica* – pelos seguintes motivos:

Primeiro, porque tal como demonstrado *supra*, não cremos tão-pouco que o termo constranger necessitasse de qualquer esclarecimento, sendo de recusar o entendimento do GREVIO e demais entidades, de que tal expressão aludia ao “fantasma da resistência.”

Segundo, porque tendo o legislador, ainda assim, achado por bem dar provimento ao apontado pelo GREVIO, fê-lo, a nosso ver, com recurso a uma solução totalmente desapropriada. I.e., entendemos que já aquando da redação pretérita do artigo era exigível que a recusa da vítima fosse *cognoscível* pelo agressor, uma vez que, de forma a que o tipo subjetivo do ilícito se encontrasse preenchido era, pois, necessário que o agente agisse com dolo e, portanto, que tivesse representado o dissentimento da vítima. Ora, claro está, tal dissentimento só poderia ser representado pelo autor se a vítima tivesse agido de forma a que a sua recusa fosse *cognoscível* por ele.

Repare-se, aliás, que esta mesma crítica é apontada ao legislador alemão¹⁶⁰. Contudo, uma vez que na lei alemã a fronteira do risco proibido consiste na atuação do agente em contrariedade à vontade da vítima, cremos ser lógico que integre o tipo objetivo o ónus da vítima exteriorizar o seu dissentimento de forma *cognoscível*¹⁶¹, apesar de, ainda assim, se tratar de um crime doloso.

Já pelo contrário – sendo este o terceiro motivo para se rejeitar esta solução – uma vez que na lei portuguesa se continua a adotar o Modelo do Constrangimento, exigindo-se, pois, que a vítima seja constrangida à prática sexual, não aparenta existir qualquer motivo para se fazer esta menção. É que, tal como já afirmado *supra*, o ato de constranger implica necessariamente obrigar outra pessoa à prática sexual contra a sua vontade, pelo que ao

¹⁵⁸ Cf. DIAS, Figueiredo, *op. cit.* (nota 17), p. 729.

¹⁵⁹ Cf. Art. 14.º C.P. – Dolo

¹⁶⁰ Tal como denota Pedro Caeiro *in*: CAEIRO, Pedro, *op. cit.* (nota 41), p. 19.

¹⁶¹ Sendo de salientar que, tal como refere Pedro Caeiro *in*: CAEIRO, Pedro, *op. cit.* (nota 41), p. 19 e 20, no StGB, a exigência de cognoscibilidade da vontade contrária da vítima proporciona diversas vantagens, mais concretamente, impede a promoção de processos onde não existem indícios mínimos da oposição da vítima e permite neutralizar num estágio precoce casos que, muito provavelmente, terminariam com a absolvição do réu por erro relevante sobre a factualidade típica.

exigir-se que o agente constranja a vítima, já se exige, implicitamente, que ele represente uma vontade contrária que, inevitavelmente, teve de ser demonstrada pela vítima. Quem constrange fá-lo, obviamente, para impor a sua vontade sobre a de outra pessoa, só constrangendo quem reconhece uma oposição. Ora, desta forma, não entendemos ser nem lógico, nem necessário, uma vez que se mantém o Modelo do Constrangimento, definir o termo “constranger” com recurso à “vontade cognoscível da vítima”.

É de concluir, portanto, que apesar de o legislador ter procurado com esta reforma esclarecer o preceito, não foi, contudo, muito feliz na prossecução desse objetivo. Procurando clarificar o que entendia pelo termo “constranger” fê-lo, a nosso ver, com recurso a uma terminologia não só mais ambígua, como desadequada, pelos motivos já expostos, ao modelo ainda adotado. Tendo resultado desta reforma a criação de um modelo “híbrido” onde se conjuga o Modelo do Constrangimento e o Modelo do Dissentimento / da Vontade Cognoscível.

Todavia, é perceptível que o objetivo do legislador com esta alteração era o de clarificar que – contrariamente ao apontado pelo GREVIO e restantes entidades – o conceito “constranger” não pressupõe necessariamente violência nem resistência da vítima. O legislador procurou, pois, firmar o entendimento de que tal conceito apenas pressupõe a coação de outra pessoa à prática de atos sexuais não queridos, e que, portanto, Portugal concebe o crime de Violação como tendo no seu cerne o desrespeito pela vontade da vítima – aliás, essa mesma intenção do legislador foi claramente explanada na exposição de motivos do Projeto de Lei n.º 1155/XIII/4.^a do grupo parlamentar do PS¹⁶². Porém, pelos motivos já elencados, não cremos ter sido esta a forma mais adequada de o fazer.

Além do mais, é ainda de notar, que a questão fulcral que esteve na origem desta Reforma aparenta ter sido, em algum ponto do processo legislativo, olvidada.

Quer dizer, cremos que a questão de fundo que colocou em curso esta nova Reforma, prendia-se com saber se o legislador português deveria, ou não, abandonar o Modelo do Constrangimento¹⁶³ e adotar na íntegra o Modelo do Dissentimento. Aliás, as

¹⁶² *Vd.* nota 146.

¹⁶³ Tendo em conta todas as críticas que haviam sido apontadas à manutenção do termo “constranger”.

propostas iniciais apresentadas pelos grupos parlamentares do PS¹⁶⁴, do BE¹⁶⁵ e do PAN¹⁶⁶ seguiam este mesmo sentido, fazendo-se em todas elas referência ao “*não consentimento*”.

A solução legislativa agora alcançada apenas surgiu mais tarde, enquanto texto de substituição apresentado pela CACDLG, onde se deixou de aludir ao “*não consentimento*” para se passar a prever este modelo “misto”.

Em nosso entender, parece, pois, que a posição apresentada por PEDRO CAEIRO, a 31 de maio, na audição conjunta perante o Grupo de Trabalho da CACDLG, não foi corretamente compreendida – o que, aliás, aparenta também ter ocorrido com MOURAZ LOPES e TIAGO MILHEIRO na sua mais recente obra¹⁶⁷. Quer dizer, quando PEDRO CAEIRO naquele dia se referiu à terminologia “contra a vontade cognoscível” fê-lo, a nosso ver, em busca de apresentar uma solução possível e desejável caso o legislador português pretendesse abandonar o Modelo do Constrangimento e adotar o Modelo do Dissentimento.

Creemos, pois, que PEDRO CAEIRO em momento algum sugeriu que se definisse o termo “constrangimento” com recurso à “vontade cognoscível”. Aliás, o Autor¹⁶⁸ inclusive criticou os Projetos de Lei em que se mantinha cumulativamente o termo “constranger” e a expressão “sem o seu consentimento” por força do primeiro implicar, necessariamente, o segundo, alcançando-se, assim, uma redação redundante do preceito. Ora, é este mesmo resultado redundante e ilógico que acreditamos verificar-se na atual redação, por força de se manter o termo “constranger” e a terminologia “contra a vontade cognoscível”, dado que, mais uma vez, o primeiro implica necessariamente o segundo.

Desta forma, concluímos que o recurso à expressão “contra a vontade cognoscível” teria sido útil e lógico, somente se o legislador português tivesse abandonado o Modelo do Constrangimento (e, portanto, eliminado/substituído o termo “constranger” do preceito, em consonância com o recomendado pelo GREVIO) e adotado o Modelo do Dissentimento – situação que evidentemente não se verificou.

¹⁶⁴ Projeto de Lei n.º 1155/XIII/4.^a (PS).

¹⁶⁵ Projeto de Lei n.º 1058/XII/4.^a (BE).

¹⁶⁶ Projeto de Lei n.º 1047/XIII (PAN).

¹⁶⁷ LOPES, Mouraz / MILHEIRO, Tiago, “*Crimes Sexuais: Análise Substantiva e Processual*”, Almedina, Coimbra, 2019, p. 53, onde pode ler-se: “Propôs assim o Autor [referindo-se a Pedro Caeiro] a introdução do conceito de “vontade cognoscível”, inspirado na lei alemã, por melhor permitir identificar e triar as situações de constrangimento assentes num dissenso da vítima. É justamente este conceito de “vontade cognoscível” que surge na redação final da norma. Manteve-se a noção de constrangir [sic], mas conexionado umbilicalmente com a vontade cognoscível da vítima.”

¹⁶⁸ E também Maria Fernanda Palma na mesma audição.

Diante o exposto, e contrariamente ao afirmado pela Sr.^a Deputada Isabel Moreira (do PS)¹⁶⁹, não somos capazes de conceber que o Modelo Híbrido atualmente desenhado nos crimes sexuais, possa contribuir para uma melhor jurisprudência.

3. A alteração do conteúdo e das modalidades da ação

O surgimento do n.º 3 no preceito não foi, todavia, a única alteração verificada com a 48.^a alteração ao C.P.. Na verdade, realizaram-se igualmente algumas alterações na redação das atuais alíneas a) e b), do n.º 1, do art. 164.º. Contudo, contrariamente ao n.º 3 do preceito, tais alterações não aparentam ter sido intencionadas pelo legislador, mas somente fruto da desatenção e falta de rigor aquando da redação do preceito.

Isto é, sendo certo que a reforma de 2019 teve por objetivo último dar provimento ao preceituado na Convenção e, como tal, alargar a tutela penal da vítima, é evidente que tais alterações não foram intencionais. Aliás, tal falta de intencionalidade demonstra-se notória no facto de em todos os Projetos de Lei apresentados pelos grupos parlamentares não ter sido feita qualquer referência às alterações que agora se visam analisar.

É de supor, pois, que os erros de redação deverão ter derivado da circunstância de, aquando da elaboração da Lei n.º 101/2019, de 6 de setembro¹⁷⁰, os art.ºs 163.º e 164.º não terem sido redigidos na íntegra, mas apenas ter sido feita, em determinadas passagens, remissão para as suas anteriores redações. Quiçá, se se tivesse redigido a totalidade dos artigos, o legislador ter-se-ia apercebido do cenário que procuraremos agora demonstrar com recurso à análise individual de cada uma destas alíneas.

3.1 A atual al. a), do n.º 1, do art. 164.º C.P.

Atualmente, nesta alínea – onde apenas se faz menção ao constrangimento por qualquer outro meio – pode ler-se o seguinte: “Quem constranger outra pessoa a: a) *praticar*

¹⁶⁹ Cf. Texto de substituição apresentado pela Comissão de Assuntos Constitucionais, Direitos, Liberdades e Garantias, p. 13, disponível em <http://app.parlamento.pt/webutils/docs/doc.pdf?path=6148523063446f764c324679626d56304c334e706447567a4c31684a53556c4d5a5763765130394e4c7a464451554e45544563765247396a6457316c626e527663306c7561574e7059585270646d46446232317063334e68627938344e474930596d59795a5331684e6d49344c5451774d5755744f5463794e79316c597a59794d5449324d5463344d4459756347526d&fich=84b4bf2e-a6b8-401e-9727-ec6212617806.pdf&inline=true>. Onde pode ler-se: “a Senhora Deputada Isabel Alves Moreira (PS) que se congratulou com o texto alcançado em resultado da discussão [...] e das audições realizadas, em particular com a reformulação dos artigos 163.º e 164.º e a introdução do conceito de “vontade cognoscível” que considerava poder contribuir para uma melhor jurisprudência”

¹⁷⁰ Disponível em <https://dre.pt/application/file/a/124500808>.

consigo ou com outrem cópula, coito anal ou coito oral, será punido com pena de prisão de um a seis anos [itálico nosso]”.

Isto é, de acordo com uma interpretação literal da atual disposição, denota-se que apenas preencherá o tipo objetivo do crime de Violação, o ato de constranger outra pessoa a *praticar* consigo (o agente) ou com outrem cópula, coito anal ou coito oral. Contrariamente ao que antes se previa na redação pretérita do artigo¹⁷¹, onde se encontrava previsto e punido não só o ato do agente constranger outra pessoa a *praticar*, como também a *sofrer*, tais atos sexuais.

Neste seguimento, revela-se essencial, antes de mais, aprofundar o que se entende pelos termos “sofrer” e “praticar” no âmbito dos crimes sexuais, bem como observar a importância prática desta mesma distinção.

Ora, de acordo com FIGUEIREDO DIAS “a distinção entre sofrer e praticar quer significar [...] a distinção entre um comportamento, do ponto de vista sexual, puramente **passivo** ou antes **ativo** da vítima. [negrito do Autor]”¹⁷², seguindo, igualmente, a mesma linha de pensamento PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE¹⁷³, MOURAZ LOPES e TIAGO MILHEIRO¹⁷⁴ e INÊS FERREIRA LEITE¹⁷⁵. É então de ressaltar que estes têm sido, portanto, até ao momento, conceitos entendidos de forma unânime pela Doutrina, não tendo sido suscitadas quaisquer dúvidas acerca da intenção do legislador ao recorrer a ambas as expressões “sofrer” e “praticar” com vista a dessa forma, naturalmente, incriminar situações distintas.

Posto isto, torna-se simples exemplificar o resultado drástico que, com este tipo de interpretação, pode ser depreendido da nova redação do preceito.

¹⁷¹ Anterior al. a), do n.º 2, do artigo 164.º: “Quem, por meio não compreendido no número anterior, constranger outra pessoa: a) a *sofrer* ou a *praticar*, consigo ou com outrem, cópula, coito anal ou coito oral.”

¹⁷² DIAS, Jorge de Figueiredo, *op. cit.* (nota 17), p. 722.

¹⁷³ Que afirma “que a vítima assume uma posição sexual ativa (constranger a “praticar”) ou passiva (constranger a “sofrer”)”, *in*: ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de, *op. cit.* (nota 16), p. 646.

¹⁷⁴ Segundo os quais “a vítima pode ser constrangida a assumir um papel ativo, sendo obrigada a “praticar” cópula, coito anal ou oral com o agressor sexual ou terceira pessoa. Ou ser constrangida a assumir um papel passivo, sendo obrigada a sofrer cópula, coito anal ou oral.” *in*: LOPES, José Mouraz / MILHEIRO, Tiago Caiado, *op. cit.* (nota 78), p. 67.

¹⁷⁵ De acordo com a qual: “o legislador quis deixar clara a larga amplitude destes crimes, podendo o agente obrigar a vítima a “sofrer” a prática de actos sexuais, o que nos remete para um estado de passividade da mesma, sendo os actos sexuais praticados “sobre” a vítima, ao invés de “com” a vítima; ou “praticar” actos sexuais com esta, o que já nos dá indicação de uma envolvimento sexual de carácter bilateral.”, *in*: LEITE, Inês Ferreira, *op. cit.* (nota 59), p. 23 e 24.

Vejam os então as seguintes duas situações: **1)** *A*, sujeito do sexo masculino, estando sozinho no balneário do ginásio com *B*, também ele sujeito do sexo masculino, constrange por qualquer meio este segundo a sofrer coito anal; **2)** *A*, sujeito do sexo masculino, estando sozinho no balneário do ginásio com *B* e *C*, ambos do sexo masculino, constrange por qualquer meio *B* a praticar coito anal com *C*.

Ora, de acordo com a redação pretérita do artigo, na situação 1) verificar-se-ia a prática de um crime de Violação por parte de *A*, sendo a vítima *B*, uma vez que o primeiro havia constrangido o segundo a sofrer coito anal. Já na situação 2) verificar-se-ia a prática de dois crimes de Violação: um em relação a *B*, que havia sido constrangido a praticar coito anal com outrem – *C*; e outro em relação a *C*, que havia sido constrangido a sofrer coito anal (por parte de *B*), tendo ambos os crimes como autor *A*.

Porém, à luz da atual redação do preceito, surge a possibilidade de se obter desfechos distintos em ambas as situações.

Primeiramente, em relação à situação 1) é de notar que poderá já não se verificar a prática de qualquer crime de Violação, uma vez que *B* foi constrangido não a ter uma posição sexual ativa (a praticar), mas antes uma posição sexual passiva (a sofrer) – situação que já não é incriminada pela atual al. a), do n.º 1, do art. 164.º.

Ou seja, existe agora claramente uma *lacuna de punibilidade*, e em nosso entender, bastante grave, dado que já não se verifica nem a prática de um crime de Violação, nem – procurando, ainda assim, encontrar-se uma resposta legislativa adequada ao caso *sub judice* – a prática de um crime de Coação Sexual, uma vez que o atual n.º 1 do art. 163.¹⁷⁶ também foi alvo de alteração legislativa no mesmo sentido¹⁷⁷.

Visto isto, conclui-se que das atuais redações do n.º 1 do artigo 164.º e 163.º resulta, respetivamente, que o ato de constranger outra pessoa quer a *sofrer* cópula, coito anal ou coito oral, quer a *sofrer* ato sexual de relevo, não é tido pelo atual legislador como sendo um ato ilícito-típico – posição que recusamos veementemente seguir.

Por outro lado, no que à situação 2) diz respeito, pelo mesmo motivo já não se verifica a prática de dois, mas somente de um crime de Violação, cuja vítima é *B* (que foi

¹⁷⁶ “Artigo 163.º – Coação Sexual

1 - Quem, sozinho ou acompanhado por outrem, constranger outra pessoa a *praticar* ato sexual de relevo é punido com pena de prisão até cinco anos.”

¹⁷⁷ Passando, igualmente, a apenas ser possível neste preceito incriminar-se o ato de constranger (por qualquer meio) outra pessoa a *praticar* ato sexual de relevo, e não o ato de constranger outra pessoa a *sofrer* o mesmo ato típico.

constrangido a *praticar* coito anal) – e não C, que foi constrangido a *sofrer* o mesmo ato. Nesta situação, mais uma vez, identificasse a existência de uma *lacuna de punibilidade*, visto que, de acordo com as atuais redações dos artigos *supra* mencionados, os atos praticados contra C não são passíveis de enquadrar nenhum dos dois crimes, ficando tal conduta, portanto, sem provimento legal.

Creemos, pois, que estes dois exemplos são ilustração suficiente para revelar os resultados práticos, injustos e injustificáveis, possíveis de advir da atual redação dos preceitos.

3.2 A atual al. b), do n.º 1, do art. 164.º C.P.

Relativamente à atual **al. b), do n.º 1, do art. 164.º**, denotam-se duas alterações significativas.

A primeira, prende-se com o facto de o legislador ter alterado, também nesta alínea, as modalidades da ação. Mais concretamente, por ter deixado de incriminar o ato de “constranger outra pessoa a *sofrer* introdução vaginal ou anal de partes do corpo ou objetos”¹⁷⁸, para passar a incriminar unicamente o ato de constranger outra pessoa a *praticar* os mesmos atos típicos¹⁷⁹.

Ora, as implicações práticas advindas desta alteração já foram devidamente analisadas *supra*, pelo que não se demonstra necessário aprofundar muito mais este ponto. Contudo, importa ressaltar que apesar de na redação pretérita do preceito já se verificar, em nosso entender¹⁸⁰, uma *lacuna de punibilidade* – respeitante aos casos em que a vítima era constrangida a *praticar* no autor, noutrem ou em si mesma “introdução vaginal ou anal de partes do corpo ou objetos”¹⁸¹ – com esta alteração legislativa embora se tenha preenchido, e bem, esta lacuna, deu-se lugar a outra idêntica, uma vez que se encontra agora omissa da previsão legal a possibilidade de a vítima *sofrer* tais atos – solução que, mais uma vez, não podemos acompanhar.

¹⁷⁸ Tal como era previsto na anterior al. b), do n.º 2, do art. 164.º.

¹⁷⁹ Leia-se, na atual redação atual da al. b), do n.º 1, do art. 164.º: “1- Quem constranger outra pessoa a: b) *praticar* atos de introdução vaginal, anal ou oral de partes do corpo ou objetos.”

¹⁸⁰ Também neste sentido DIAS, Jorge de Figueiredo, *op. cit.* (nota 28), p. 751; e LOPES, Mouraz / MILHEIRO, Tiago Caiado, *op. cit.* (nota 78), p. 62.

¹⁸¹ Embora tais atos pudessem integrar, ainda assim, o crime de Coação Sexual por força do, à altura, n.º 2 do art. 163.º C.P..

Já a segunda modificação realizada no preceito requer maior atenção. Isto é, nesta alínea, não só se denotam alterações nas modalidades da ação, como, inclusive, denotam-se alterações no conteúdo da ação ilícita.

Quer dizer, se com a Revisão de 2007 se havia, pela primeira vez, para efeitos do crime de Violação, equiparado à cópula, ao coito anal e ao coito oral a “introdução *vaginal* e *anal* de partes do corpo ou objetos”, com a Alteração de 2019, procedeu-se na al. b), do n.º 1, do art. 164.º à equiparação, para os mesmos efeitos, entre os primeiros atos e a introdução quer vaginal, quer anal, quer, ainda, *oral* de partes do corpo ou objetos¹⁸².

Ora, a este respeito cumpre ressaltar que a introdução *oral* de partes do corpo ou objetos, apesar de não ter enquadramento legal na anterior redação da al. b), do n.º 2, do art. 164.¹⁸³, era, ainda assim, passível de integrar o crime de Coação Sexual, por se subsumir tal conduta ao anterior n.º 2, do art. 163.º enquanto ato sexual de relevo. Pelo que, neste caso, não era possível afirmar que existisse verdadeiramente uma total *lacuna de punibilidade*, ao contrário do que ocorre atualmente noutras situações já evidenciadas *supra* sem qualquer provimento legal.

Todavia, ainda assim, não é possível apreciar negativamente esta equiparação, pois, em nosso entender¹⁸⁴, tornava-se difícil encontrar uma justificação material para que a introdução oral de um objeto (tal como, *ad exemplum*, um pénis artificial) fosse tida “somente” como Coação Sexual, ao passo que a introdução oral do órgão sexual masculino (coito oral) já fosse entendida como Violação, ficando esta situação agora ressaltada¹⁸⁵ – pelo menos, nesta alínea em apreço.

3.3 Análise comparativa entre o atual n.º 1 e n.º 2 do art. 164.º C.P.

Para finalizar, evidencia-se ainda necessário referir que o legislador manteve na mais recente reforma – com recurso à remissão para a anterior redação do preceito – os atuais

¹⁸² Leia-se na atual redação do preceito: “1- Quem constranger outra pessoa a: b) praticar atos de introdução vaginal, anal ou *oral* de partes do corpo ou objetos [itálico nosso].”

¹⁸³ “Art. 164.º – Violação

2 – Quem, por meio não compreendido no número anterior, constranger outra pessoa:

b) A sofrer introdução vaginal ou anal de partes do corpo ou objetos;

é punido com pena de prisão de 1 a 6 anos.”

¹⁸⁴ No mesmo sentido, DIAS, Jorge de Figueiredo, *op. cit.* (nota 28), p. 747.

¹⁸⁵ Embora, ainda assim, apenas se ressalve a situação de a vítima ser constrangida, por qualquer meio, a *praticar* a introdução oral de partes do corpo ou objetos, em si mesma ou noutrem, e não a situação de ser a vítima a *sofrer*, por parte de outrem, tal introdução.

n.º 2 do art. 164.º e do art. 163.º, pelo que não só se conjecturam incongruências entre as alíneas já analisadas e as suas anteriores redações, como igualmente entre os números dos atuais preceitos.

Quer dizer, com a atual redação dos artigos, torna-se possível que o mesmo ato típico seja, ou não, punível consoante o meio de constrangimento que o autor utilize, assim como que determinada conduta seja, ou não, punível consoante a vítima sofra ou pratique a mesma.

Veja-se então as seguintes duas situações: **1)** *A*, indivíduo do sexo masculino, constrange por meio de *violência*, *B*, também ele do sexo masculino, a sofrer coito oral; **2)** *A*, indivíduo do sexo masculino, constrange por *qualquer outro meio*, *B*, também ele do sexo masculino, a sofrer coito oral.

De acordo com a atual redação da al. a), do n.º 2, do art. 164.^{o186}, na situação 1) verificar-se-á, e bem, a prática do crime de Violação por *A*.

Porém, na situação 2) já não haverá a prática de qualquer crime de Violação, pois tal conduta não pode ser subsumida nem ao n.º 2 do preceito (porque não foi utilizado nenhum meio típico de coação), nem à al. a) do n.º 1, porque *B* foi constrangido a *sofrer* coito oral e não a *praticar* tal conduta. Ou seja, em ambos os casos o agente pratica o mesmo ato típico – constrange a vítima a sofrer coito oral – mas, consoante o meio de constrangimento utilizado, retiram-se duas soluções bastante díspares e inexplicáveis. Aliás, esta mesma situação encontra-se igualmente ausente da atual redação do n.º 1 e do n.º 2 do art. 163.º, pelo que também não se obteria resposta diferente por essa via.

Quer dizer, claramente, com esta nova redação estreita-se, de forma incompreensível, os casos em que, de facto, se verifica a prática de um crime de Violação, pois não só se exige que o agente utilize determinado meio de constrangimento, como, simultaneamente, que constranja a vítima a uma determinada prática sexual específica (ou a sofrer ou a praticar certos atos sexuais). Tendo como resultado que todos os outros cenários, em que apenas se verifique um dos elementos, fiquem excluídos das atuais redações das previsões legais.

Já em sentido inverso ao anteriormente exemplificado, no que diz respeito à conduta de constranger outra pessoa a *praticar* atos de introdução *vaginal ou anal* de partes

¹⁸⁶ Leia-se: “2 - Quem, por meio de violência, [...] constranger outra pessoa: a) A sofrer ou praticar, consigo ou com outrem, [...] coito oral;”

do corpo ou objetos, tal só será punível se não for utilizado nenhum meio típico de constrangimento. I.e., se apenas se puder subsumir o caso à al. b), do n.º 1, do artigo 164.º. Já se se verificar esse “*plus*” no meio de coação, a mesma conduta não será punível a título de Violação, podendo, somente, consubstanciar o crime de Coação Sexual por aplicação do n.º 2 do art. 163.º – implicando, por conseguinte, uma moldura penal inferior.

Por fim, no que à introdução *oral* de partes do corpo ou objetos diz respeito, tal conduta só será punível se a vítima for constrangida, por *qualquer outro meio*, a praticar a introdução oral (em si mesma ou noutrem), pois só assim poderá tal ato ser subsumido à al. b), do n.º 1 do art. 164.º. Caso contrário, isto é, caso a vítima seja constrangida a *praticar* o mesmo ato, mas mediante um dos meios de coação típicos previstos no n.º 2 – e, portanto, mediante meios de constrangimento mais gravosos – tal conduta não poderá consubstanciar um crime de Violação¹⁸⁷, podendo, quanto muito, enquadrar-se no crime de Coação Sexual, por força do n.º 2 do art. 163.º C.P. cuja moldura penal é, naturalmente, inferior à aplicável na primeira hipótese apresentada.

Como tal, a única conduta que se encontra prevista e punida nos mesmos moldes ao longo do art. 164.º, é a do agente constranger outra pessoa a *praticar*, consigo ou com outrem, cópula, coito anal ou coito oral, pois a mesma encontra-se acautelada tanto na al. a), do n.º 1, do art. 164.º, como na al. a), do n.º 2 do mesmo preceito. Todas as outras condutas encontram-se previstas com disparidades consoante seja aplicável o n.º 1 ou o n.º 2 do preceito.

Tendo em conta todo o exposto, resta-nos, pois, concluir que as mais recentes alterações verificadas na redação do art. 164.º (e também no art. 163.º¹⁸⁸) revelaram-se pouco felizes, bem como acidentais.

Quer dizer, ainda que se procurasse encontrar uma explicação teleológica para tais alterações, tal como a possibilidade de o legislador ter verdadeiramente intencionado eliminar a distinção entre os termos “sofrer” e “praticar”, com vista a que o termo “praticar” passasse a ser interpretado com um sentido mais amplo (capaz de englobar todo o tipo de condutas, quer ativas, quer passivas, da vítima), tal solução rapidamente teria de ser excluída,

¹⁸⁷ Pois o termo “oral”, apenas foi incrementado na atual al. b), do n.º 1, do art. 164.º e não na al. b), do n.º 2, do mesmo preceito.

¹⁸⁸ Apesar de o crime de Coação Sexual não ser o tema central desta dissertação e, por isso mesmo, não ter sido diretamente alvo de análise.

uma vez que ambos os termos continuam a constar no preceito, mantendo-se assim a distinção entre condutas ativas e passivas.

Desta forma, e tendo presente não só o bem jurídico que com estas incriminações se visa proteger – a *liberdade sexual* – como também o facto desta Reforma ter tido por objetivo ampliar a tutela penal das vítimas, apenas se denota possível concluir, tal como já afirmado *supra*, que estas alterações legislativas não foram antevistas pelo legislador.

Contudo, não cremos ser esse motivo suficiente para que não sejam apontadas críticas. Aliás, obter tal redação (e consequentes resultados práticos já referidos) devido a um descuido na elaboração da Lei n.º 101/2019, de 6 de setembro, é tão, ou mais, criticável do que se tivesse sido fruto de uma posição política e, portanto, fruto de estudo, ponderação e premeditação por parte do Parlamento. Além do mais, tendo em conta esta não ser a primeira, mas a segunda alteração aos crimes sexuais que com base no *mesmo* fundamento se procede, ainda mais criticável se demonstra a redação alcançada.

Porém, sendo certo que até nova reforma, a atual redação dos preceitos encontrar-se-á em vigor, e sendo também manifesto que não se pode aceitar que os cenários explanados *supra* tenham provimento na realidade jurídica, somos obrigados a conceber humildemente a seguinte solução: nas alíneas do preceito, onde conste apenas o termo “praticar”, cremos que o aplicador terá de fazer uma interpretação extensiva¹⁸⁹ do conceito, i.e., eliminar a distinção entre os termos “sofrer” e “praticar”, e passar, portanto, a conceber a expressão “praticar” como sendo capaz de englobar todas as condutas, independentemente da vítima ser constrangida a adotar uma posição passiva ou ativa na prática sexual.

Já relativamente à situação de na al. b), do n.º 1, do art. 164.º se prever a introdução *oral* de objetos ou partes do corpo e na al. b), do n.º 2, do art. 164.º tal conduta já não se encontrar prevista, não somos capazes, neste momento, de apresentar uma solução viável. cremos que a única que seria capaz de dar resposta a tal questão seria a analogia – à qual, todavia, como é sabido, em Direito Penal não é permitido recorrer com vista a qualificar um facto como crime, tal como decorre do n.º 3, do art. 1.º C.P. (Princípio da Legalidade) e do seu corolário, art. 29.º C.R.P. (Princípio da Tipicidade). Pelo que, assim sendo, aceitamos estar perante uma *lacuna de punibilidade*.

¹⁸⁹ Que pertence ainda à interpretação permitida, cf. DIAS, Figueiredo, “*Direito Penal – Parte Geral*”, Tomo. I, 3.ª ed., Coimbra Editora, 2019, p. 209 e ss.; SANTOS, Manuel / LEAL-HENRIQUES, Manuel, “*Código Penal Anotado*”, Vol. I, 4.ª ed., Lisboa: Rei dos Livros, 2014, p. 62 e ss.

Por fim, referir ainda, que tendo o legislador demonstrado disponibilidade e interesse em alterar, mais uma vez, os crimes sexuais, em busca de oferecer respostas a questões ainda carecidas de previsão legal, talvez devesse ter dispensado tempo e estudo às questões apontadas por PEDRO CAEIRO¹⁹⁰ que efetivamente não eram incriminadas pela lei portuguesa e que, após a Reforma de 2019, permanecem sem resposta legal.

Falamos, pois, da situação da vítima se encontrar *severamente limitada* na sua capacidade de formar ou expressar a sua vontade, devido ao seu estado físico ou psíquico, e da situação de a pessoa que pratica os atos sexuais não ser a mesma que opera o/s ato/s de coação sob a vítima.

Isto é, relativamente à primeira situação, por força desta não ser enquadrável nem no art. 165.^o¹⁹¹, nem nos art's 163.^o e 164.^o (uma vez que a vítima não se encontra incapaz de demonstrar/exteriorizar a sua vontade contrária), esta acaba por não ter nem na redação anterior, nem na redação atual, provimento legal, contrariamente ao que se verifica no StGB §177(2), n.º 2 – onde se faz “uma concessão justificada ao Modelo do Consentimento”¹⁹².

Já em relação à segunda situação, em que a pessoa que pratica os atos sexuais não é a mesma que opera o/s ato/s de coação sob a vítima, esta encontra-se igualmente carecida de resposta legal, salvo quando se comprove que houve coautoria – o que nem sempre existirá. Tal ocorre, dado que no C.P. apenas se incrimina quem *constrange* e não quem explora o constrangimento a que a vítima foi sujeita.

Porém, referir ainda, que com a Reforma de 2019 regista-se uma alteração na redação do n.º 1 do art. 163.^o onde foi aditado: “quem, *sozinho ou acompanhado por outrem*, constranger (...)”. Todavia, não é compreensível se tal alteração não passou de mais um erro de redação ou se foi, na verdade, uma tentativa não bem-sucedida de dar resposta a este segundo problema que permanece, ainda assim, por resolver.

¹⁹⁰ CAEIRO, Pedro, *op. cit.* (nota 41), p. 26 e ss.

¹⁹¹ Art. 165.^o - Abuso sexual de pessoa incapaz de resistência

¹⁹² Cf. CAEIRO, Pedro, *op. cit.* (nota 41), p. 26 e 27.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Findo este estudo, cumpre, antes de mais, enaltecer o longo percurso que tem vindo a ser percorrido na legislação penal com vista a ser possível identificar hoje no C.P., no que respeita aos crimes sexuais, previsões legais totalmente desligadas da imoralidade e cada vez mais protetoras do(a)s ofendido(a)s em consequência da maior centralidade atribuída ao consentimento das vítimas.

Importa referir também – por entendermos ser notável – o facto de Portugal ter sido o primeiro Estado-Membro da União Europeia a ratificar a Convenção de Istambul, o que seguramente denota a crescente ambição do legislador português na defesa dos direitos humanos, da igualdade e da dignidade das mulheres.

Por último, salientar ainda, que louvamos as alterações legislativas operadas pela Lei n.º 83/2015, de 5 de agosto, pelo facto de estas terem proporcionado um verdadeiro e valioso avanço na matéria dos crimes sexuais. Com a Reforma de 2015 cremos, pois, ter sido possível alcançar a tão necessária e desejada ampliação da tutela penal das vítimas e ter-se colocado a questão do consentimento no foco dos crimes sexuais, tal qual como era imposto pela Convenção de Istambul.

Porém, não foi este o entendimento nem do GREVIO, nem do Comité CEDAW da ONU, nem da Amnistia Internacional, assim como também não foi o entendimento do legislador português que, com base nas críticas apontadas, *maxime* pelo GREVIO, decidiu avançar com nova Reforma.

É, pois, sobre as mais recentes alterações legislativas, operadas pela Lei n.º 101/2019, de 6 de setembro, que fazemos recair as nossas maiores considerações.

O primeiro aspeto a salientar é, desde logo, o sentido de oportunidade desta reforma. Quer dizer, tendo o legislador em 2015 alterado os crimes sexuais com vista a adequá-los ao preceituado na Convenção, torna-se difícil percecionar a necessidade de em 2019 ter de se proceder a mais uma reforma, com base no *mesmo* fundamento¹⁹³.

Além do mais, relativamente às críticas e insuficiências apontadas à legislação penal portuguesa por parte do GREVIO, cremos que estas não revelaram ser fundamento suficiente para que o legislador procedesse a nova revisão dos crimes sexuais, não nos tendo

¹⁹³ Em sentido idêntico, cf. CAEIRO, Pedro, *op. cit.* (nota 41), p. 4.

sido possível acompanhar a perspectiva de que a utilização do termo “constranger” ainda era alusiva ao “fantasma da resistência”.

Assim, é de negar que da redação anterior do preceito fosse depreendida a existência de um ónus de resistência por parte da vítima, sendo que o único ónus que recaia sobre esta, em nosso entender¹⁹⁴, era o de exteriorizar, por qualquer forma, o seu dissentimento perante a prática sexual – o que, aliás, não se apresenta como sendo um ónus demasiado oneroso, mas apenas como um ónus mínimo, na medida em que entendemos que a todos incumbe a obrigação mínima de autoproteção dos seus próprios interesses¹⁹⁵.

Todavia, não tendo sido este o entendimento do legislador, procedeu-se à Reforma de 2019 onde, contrariamente ao expectável, não se verificou o abandono do Modelo do Constrangimento e, por conseguinte, a adoção do Modelo do Dissentimento, mas a manutenção – novamente – do termo “constranger”, e a adição de um novo n.º 3¹⁹⁶ onde se passou a definir o conceito “constrangimento”, com recurso à “*vontade cognoscível da vítima*”.

Ora, tendo o legislador mantido o termo “constranger”, apesar das críticas apresentadas ao mesmo, concluímos que o objetivo do legislador português, de dar resposta a essas mesmas críticas, não foi alcançado.

Além do mais, referir que se demonstra ilógico e redundante alcançar uma solução legislativa onde se conjuga o Modelo do Constrangimento e a “*vontade cognoscível da vítima*”. I.e., quem constrange fá-lo para impor a sua vontade sobre a da vítima, pelo que, implícita e inevitavelmente, não só a vontade intrínseca da vítima terá de ser *contrária*, como terá de ser *exteriorizada*, por forma a que o seu dissentimento possa ser cognoscível e que, assim sendo, seja dada a possibilidade ao agente de representar a oposição e agir em conformidade.

Por outro lado, ressaltar também que, a nosso ver, esta solução baseou-se num entendimento erróneo das menções ao Modelo Alemão operadas por PEDRO CAEIRO¹⁹⁷ tendo o legislador percecionado que criar este Modelo Híbrido, onde se conjuga o “constrangimento” com a “*vontade cognoscível da vítima*”, seria a solução que o Autor propunha.

¹⁹⁴ Em sentido idêntico, cf. CAEIRO, Pedro, *op. cit.* (nota 41), p. 21.

¹⁹⁵ *Ibidem*.

¹⁹⁶ Quer no art. 163.º, quer no art. 164.º C.P..

¹⁹⁷ E também por Maria Fernanda Palma, no mesmo contexto.

Já relativamente às alterações verificadas quer no conteúdo como nas modalidades de ação previstas e punidas no art. 163.º e 164.º, cumpre somente reforçar o facto de estas – contrariamente ao novo n.º 3 – não terem sido intencionais, mas somente fruto da falta de rigor e atenção do legislador aquando da redação da mais recente Reforma.

Por fim, e com nota mais positiva, louvar aquela que se apresenta como a alteração mais benéfica e necessária advinda da mais recente reforma: a reordenação dos tipos legais. Com a Lei n.º 101/2019 passou então a constar do n.º 1 do art. 163.º e 164.º o *tipo fundamental* do ilícito, e somente do n.º 2 o *tipo qualificado*, alcançando-se assim uma redação, a nosso ver, mais lógica e “de acordo com a boa técnica legislativa”¹⁹⁸.

Em conclusão, com este estudo cremos ter sido notório o nosso descontentamento relativamente à Reforma de 2019, que se revelou não só carecida de relevância como, pior do que isso, do adequado e necessário estudo e ponderação. Quiçá, se o legislador tivesse dispensado maior atenção e estudo não só às questões abordadas, mas igualmente a outras questões efetivamente desprovidas de resposta legal, o nosso entendimento final fosse diferente.

¹⁹⁸ CAEIRO, Pedro, *op. cit.* (nota 41), p. 12.

BIBLIOGRAFIA e WEBGRAFIA

ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de, “Nota Prévia ao artigo 163.º” in “*Comentário do Código Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*”, 3.ª Edição atualizada, Lisboa: Universidade Católica Editora, 2015.

ALFAIATE, Ana Rita, “*A Relevância Penal da Sexualidade dos Menores*”, Coimbra: Coimbra Editora, 2009.

ALVES, Sénio dos Reis, “*Crimes Sexuais: Notas e Comentários aos Artigos 163.º a 179.º do Código Penal*”, Coimbra, Almedina, 1995.

AMNISTIA INTERNACIONAL, “Right to be free from rape: overview of legislation and state of play in europe and international human rights standards”, Index No: EUR 01/9452/2018, publicado a 24 de novembro de 2018, disponível em <https://www.amnesty.org/download/Documents/EUR0194522018ENGLISH.PDF>

ANDRADE, Manuel da Costa, “Consentimento e Acordo em Direito Penal”, Coimbra Editora, 1991.

ANTUNES, Maria João, “*Crimes contra a liberdade e a autodeterminação sexual dos menores*”, in Revista JULGAR, n.º 12 (especial), 2010, disponível em <http://julgar.pt/wp-content/uploads/2015/10/153-161-Crimes-contr-a-liberdade-e-a-autodeterminação-sexual-dos-menores.pdf>

APAV, “*Parecer da APAV sobre as implicações legislativas da Convenção de Istambul do Conselho da Europa para a Prevenção e o Combate à Violência contra as Mulheres e a Violência Doméstica*”, disponível em https://apav.pt/apav_v3/images/pdf/Parecer_da_APAV_relativo_as_implicacoes_legislativas_da_Convencao_de_Istambul.pdf.

, _ “*Posição da APAV sobre o recente Acórdão do Tribunal da Relação do Porto relativo à prática do crime de abuso sexual de pessoa incapaz de resistência*”, disponível em

https://apav.pt/apav_v3/images/pdf/Posicao_acordao_porto_abuso_sexual_setembro2018.pdf.

, _ “*Parecer da APAV referente aos Projetos de Lei n.º 976/XIII/3.ª, n.º 977/XIII/3.ª e n.º 978/XIII/3.ª do Bloco de Esquerda*”, disponível em https://apav.pt/apav_v3/images/pdf/parecer_APAV_proj_lei_BE_out_2018.pdf

BELEZA, Teresa Pizarro, “*Mulheres, Direito, Crime ou a Perplexidade de Cassandra*”, ed. AAFDL., Lisboa, 1990.

, _ “*A Violência das Coisas*”, 13 de maio de 2011, disponível em <https://www.fd.unl.pt/anexos/4199.pdf>.

, _ “*Consent as Simple as Tea: notas sobre a relevância do dissentimento nos crimes sexuais, em especial na violação*”, in “*Combate à Violência do Género – Da Convenção de Istambul à nova legislação penal*”, Universidade Católica Editora, 2016.

CAEIRO, Pedro, “*Observações sobre a projectada reforma do regime dos crimes sexuais e do crime de violência doméstica (em apreciação no Grupo de Trabalho - Alterações Legislativas - Crimes de Perseguição e Violência Doméstica da Comissão de Assuntos Constitucionais, Direitos, Liberdades e Garantias)*”, Junho de 2019, disponível em <http://app.parlamento.pt/webutils/docs/doc.pdf?path=6148523063446f764c324679626d56304c334e706447567a4c31684a53556c4d5a5763765130394e4c7a464451554e45544563765231524254454e51566b51765247396a6457316c626e52766330466a64476c32615752685a4756446232317063334e686279396c4f5451794d5449784e43316d4d54526d4c5451304e6a51744f4449334f5330314e475a6c5a544a6c5a6d4d304e6a6b756347526d&fich=e9421214-f14f-4464-8279-54fee2efc469.pdf&Inline=true>

CANOTILHO, J. J. Gomes / MOREIRA, Vital, “*Constituição da República Portuguesa Anotada*”, Vol. I, 4.ª ed. rev. reimp., Coimbra: Almedina, 2014.

CEDAW, Committee on the Elimination of Discrimination against Women – United Nations, “Concluding observations on the combined 8th and 9th periodic reports of Portugal” (CEDAW/C/PRT/CO/8-9), de 24 de novembro de 2015, disponível em <https://digitallibrary.un.org/record/816939#record-files-collapse-header>

CLAUS, Roxin, “*Problemas Fundamentais de Direito Penal*”, 3.^a ed., Vega, Lisboa, 1998.

CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da, “Conceito de violência no crime de violação: Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 13/11/2011”, in *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Ano 21, n.º 1 (Jan.- Mar. 2011), Coimbra Editora, 2011.

, _ “Do dissentimento à falta de capacidade para consentir”, in Maria da Conceição Ferreira da Cunha (Coord.), “*Combate à violência de género: da Convenção de Istambul à nova legislação penal*”, Universidade Católica Editora Porto, 2016.

DEVESA, J. M. Rodriguez / GOMEZ, Alfonso Serrano, “*Derecho Penal Español: parte especial*”, 18.^a ed., Dykinson, Madrid, 1995.

DIAS, Jorge de Figueiredo, “*Código Penal: Actas e Projeto da Comissão de Revisão*”, Lisboa: Rei dos Livros, 1993.

, _ “Comentário ao Artigo 163.º do Código Penal”, in *Comentário Conimbricense do Código Penal*, vol. I, 2.^a ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2012.

, _ “Comentário ao Artigo 164.º”, in *Comentário Conimbricense do Código Penal*, vol. I, 2.^a ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2012.

, _ “Nótula antes do Artigo 163.º”, in *Comentário Conimbricense do Código Penal*, vol. I, 2.^a ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2012.

, _ “*Direito Penal – Parte Geral*”, Tomo. I, 3.^a ed., Coimbra Editora, 2019.

DIAS, Jorge de Figueiredo / CAEIRO, Pedro, “*Crimes contra a liberdade e a autodeterminação sexual*”, in Enciclopédia Polis da Sociedade e do Estado, Vol. 1, 2.^a ed. revista e atualizada, Lisboa: Editora Verbo, 1997.

DIAS, Maria do Carmo, “*A propósito do crime de violação: ainda faz sentido a sua autonomização?*”, in Revista do Ministério Público, A. 21, n.º 81, Jan.- Mar., Lisboa, 2000.
_ “*Notas substantivas sobre os crimes sexuais com vítimas menores de idade*”,
in Revista do CEJ, N.º 15, 1.º Semestre 2011.

Estatísticas APAV – Crimes Sexuais 2013-2018, disponível em
https://apav.pt/apav_v3/images/pdf/Estatisticas_APAV_CrimesSexuais_2013_2018.pdf

FRA - Agência dos Direitos Fundamentais da União Europeia, Relatório “*Violence against women: an EU-wide survey main results*”, 2014, disponível em
https://fra.europa.eu/sites/default/files/fra_uploads/fra-2014-vaw-survey-main-results-apr14_en.pdf.

GARCIA, M. Miguez, “*O Direito Penal Passo a Passo – Elementos da Parte Especial com os Crimes contra as pessoas e os Crimes contra a identidade cultural e a integridade pessoal*”, vol. 1., 2.ª ed., Almedina, 2015.

GARCIA, M. Miguez / RIO, J. M. Castela, “*Código Penal: Parte Geral e Especial – com notas e comentários*”, 3.ª ed. atualizada, Coimbra: Almedina, 2018.

HÖRNLE, Tatjana, “*The New German Law on Sexual Assault and Sexual Harassment*”, disponível em https://www.cambridge.org/core/services/aop-cambridge-core/content/view/C8FAD908DD7B6ECC28C6CF36BD9603BE/S2071832200022355a.pdf/new_german_law_on_sexual_assault_and_sexual_harassment.pdf

HUNGRIA, Nelson / LACERDA, Romão Côrtes de, “*Comentários ao Código Penal: decreto-lei n.º 2.848, de 7 de dezembro de 1940*”, vol. VIII, Rio de Janeiro: Forense, 1959.

Jornal Diário de Notícias, “*La manada traduzida para português*”, de 13 de maio de 2018, disponível em

https://www.ulisboa.pt/sites/ulisboa.pt/files/public/la_manada_traduzida.pdf

LEAL, Celso, “*A (necessária) reforma do sistema penal português respeitante aos crimes sexuais segundo a Convenção de Istambul*”, in *Revista Ministério Público*, A. 40, n.º 157 (Jan. - Mar.), 2019.

LEITE, Inês Ferreira, “*A tutela penal da liberdade sexual*”, disponível em https://www.researchgate.net/publication/263276823_A_Tutela_Penal_da_Liberdade_Sexual

LOPES, José Mouraz / MILHEIRO, Tiago Caiado, “*Crimes Sexuais: Análise Substantiva e Processual*”, 1.ª ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2015.

, _ “*Crimes Sexuais: Análise Substantiva e Processual*”, 1.ª ed., Almedina, 2019.

NATSCHERADETZ, Karl Prehaz, “*O direito Penal Sexual: Conteúdo e Limites*”, Coimbra: Livraria Almedina, 1985.

PALMA, Maria Fernanda, “*Os temas e os problemas das propostas legislativas de 2019 sobre a violência doméstica e crimes sexuais – O Direito Penal da intimidade sexual e familiar*”, in *Revista Anatomia do Crime*, n.º 9, Janeiro-Junho, 2019.

PEREIRA, Victor Sá, “*Código Penal: Notas e Comentários*”, Lisboa: Livros Horizonte, 1988.

RAMOS, Fernando João Ferreira, “*Notas sobre os crimes sexuais no projeto de revisão do código penal de 1982*”, in *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Ano 3, Fasc. 1, 1993.

RAPOSO, Vera Lúcia, “*Da Moralidade à Liberdade: o bem jurídico tutelado na criminalidade sexual*”, in *Separata de Liber Discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias*, Coimbra Editora, 2003.

Relatório Anual de Segurança Interna (RASI) de 2018, disponível em <https://www.portugal.gov.pt/download-ficheiros/ficheiro.aspx?v=ad5cfe37-0d52-412e-83fb-7f098448dba7>

SANTOS, Manuel Simas / LEAL-HENRIQUES, Manuel, “*Código Penal Anotado*”, vol. 1, 4.^a ed., Lisboa: Rei dos Livros, 2014.

, _ “*Código Penal Anotado*”, vol. 3, 4.^a ed., Lisboa: Rei dos Livros, 2016.

SOTTOMAYOR, Maria Clara, “*O conceito legal de violação: um contributo para a doutrina penalista: a propósito do acórdão do tribunal da relação do Porto, 13 de Abril de 2011*”, in *Revista do Ministério Público*, Ano 32, n.º 128, out-dez., de 2011.

, _ “*A Convenção de Istambul e o novo paradigma da violência de género*”, in *Revista ex æquo*, n.º 31, 2015, disponível em <http://www.scielo.mec.pt/pdf/aeq/n31/n31a09.pdf>

TORRÃO, Fernando, “*A propósito do bem jurídico protegido nos crimes sexuais: mudança de paradigma no novo Código Penal*”, in *Boletim da Faculdade de Direito*, Vol. LXXI [Separata], Coimbra, 1995.

VENTURA, Isabel, “*They never talk about a victim’s feelings: according to criminal law, feelings are not facts*” – *Portuguese judicial narratives about sex crimes*”, Relatório publicado pela Palgrave Communications, disponível em <https://www.nature.com/articles/palcomms2016101.pdf>

JURISPRUDÊNCIA

Ac. do TRP, de 7 de novembro de 2007, proc. n.º 0714613, Relator Manuel Braz, disponível em

<http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/56a6e7121657f91e80257cda00381fdf/dafb21957eb341df8025739400521590?OpenDocument>

Ac. do TRP, de 13 de abril de 2011, proc. n.º 476/09.0PBBGC.P1, Relatora Eduarda Lobo, disponível em

<http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/0/1c550c3ad22da86d80257886004fd6b4?OpenDocument>.

Ac. do TRP, de 15 de junho de 2011, proc. n.º 887/09.1SLPRT.P1, Relatora Maria do Carmo Silva Dias, disponível em

<http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/56a6e7121657f91e80257cda00381fdf/09510a179531613a802578c400303290?OpenDocument>.

Ac. do TRP, de 10 de setembro de 2014, proc. n.º 1054/13.5JAPRT.P1, Relatora Eduarda Lobo, disponível em

<http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/56a6e7121657f91e80257cda00381fdf/b19245b4dea60edc80257d5c00556e25?OpenDocument>.

Ac. do TRL, de 02 de julho de 2013, proc. n.º 32/10.0PLLRS.L1-5, Relator José Adriano, disponível em

<http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/f090141c8a265de680257be200375649?OpenDocument>

Ac. do TRL, de 12 de junho de 2019, proc. n.º 473/16.0JAPDL.L1, Relatora Teresa Féria, disponível em

<http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/a702496a92a5e7518025841c0055094b?OpenDocument>.

Ac. do STJ (3.^a Secção Criminal), de 4 de julho de 2019, proc. n.º 461/2017, Relatores Belo Morgado e Manuel Matos, publicado em <https://www.datajuris.pt>

Ac. do TRP, de 30 de novembro de 2016, proc. n.º 43/13.4JAPRT.P1, Relator Luís Coimbra, disponível em <http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/56a6e7121657f91e80257cda00381fdf/cc332061336fd772802580990056dea7?OpenDocument>

LEGISLAÇÃO

Livro V, Título VI das Ordenações Afonsinas, disponível online em <http://www1.ci.uc.pt/ihti/proj/afonsinas/15pg29.htm>

Código Penal de 1852, disponível online em <https://www.fd.unl.pt/Anexos/Investigacao/1829.pdf>

Código Penal de 1886, disponível online em <https://www.fd.unl.pt/Anexos/Investigacao/1274.pdf>

Resolução da Assembleia da República n.º 4/2013, de 21 de Janeiro (que aprova a Convenção de Istambul), disponível em http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=1878&tabela=leis e na sua versão originária, em inglês, <https://rm.coe.int/168008482e>

Lei n.º 83/2015, de 5 de agosto, disponível em http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=2381&tabela=leis&ficha=1&pagina=1&so_miolo=

Lei n.º 101/2019, de 6 de setembro, disponível em <https://dre.pt/home/-/dre/124500715/details/maximized>

Projeto de Lei n.º 1155/XIII/4.^a (PS), disponível em <http://app.parlamento.pt/webutils/docs/doc.pdf?path=6148523063446f764c324679595842774f6a63334e7a637664326c756157357059326c6864476c3259584d7657456c4a535339305a58683062334d76634770734d5445314e53315953556c4a4c6d527659773d3d&fich=pj1155-XIII.doc&Inline=true>

Projeto de Lei n.º 1058/XII/4.^a (BE), disponível em <http://app.parlamento.pt/webutils/docs/doc.pdf?path=6148523063446f764c324679595842774f6a63334e7a637664326c756157357059326c6864476c3259584d7657456c4a53533930>

[5a58683062334d76634770734d5441314f43315953556c4a4c6d527659773d3d&fich=pjl1058-XIII.doc&Inline=true](http://app.parlamento.pt/webutils/docs/doc.pdf?path=6148523063446f764c324679595842774f6a63334e7a637664326c756157357059326c6864476c3259584d7657456c4a535339305a58683062334d76634770734d5441314f43315953556c4a4c6d527659773d3d&fich=pjl1058-XIII.doc&Inline=true)

Projeto de Lei n.º 1047/XIII (PAN), disponível em <http://app.parlamento.pt/webutils/docs/doc.pdf?path=6148523063446f764c324679595842774f6a63334e7a637664326c756157357059326c6864476c3259584d7657456c4a535339305a58683062334d76634770734d5441304e79315953556c4a4c6d527659773d3d&fich=pjl1047-XIII.doc&Inline=true>